روضة القضاة وطريق النجاة

للعلامة أبي القاسم علي بن محمد بن احمد الرحبي السمناني

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المحامي

الدكتور صلاح الدين الناهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقاً)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

الجزء الأول

دار الفرقان
عمان

مؤسسة الرسالة
بيروت

الطبعة الثانية
١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م



للنشر والتوزيع

عمان / الاردن / جبل الحسين شارع خالد بن الوليد
ص.ب. ٠ ٩٢١٥٢٦ – تلفون : ٦٦٠٩٣٧



مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف : ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ ٢٤١٦٩٢ - ٢٩٥٠٠١
ص.ب (٧٤٦٠) برقياً : بيوشران ٠

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة في التعريف بالسمناني

وكتابه روضة القضاة وطريق النجاة*

وصف المخطوطة :

من نفائس المخطوطات الفقهية التى صورها معهد المخطوطات العربيه بالقاهرة مخطوطة : روضة القضاة وطريق النجاة للعلامة علي بن محمد السمناني او ابن السمناني .

* * *

وقد جلبت المكتبة المركزية لجامعة بغداد مشكورة نسخة ميكروفلمية من هذه المخطوطة بناء على طلبي ، وصورت هذه النسخة في المجمع العلمي العراقي لحساب مكتبتى الخاصة تمهيدا لقيامى بدراستها ونشرها محققة ، ولذا فقد رأيت من المناسب ان اعرّفها ومصنفها وموضوعها للقراء الكرام تمهيدا لنشرها فى سلسلة دراسات اسلامية : أهم المخطوطات الفقهية ، تلك المجموعة التي اضطلعت بنشرها منذ عام ١٩٦٥ ولحسن الحظ فقد عثرت في سفرتي الاخيرة الى تركية في صيف ١٩٦٧ على نسخة خطية اخرى من هذا المصنف هي نسخة قليج علي باشا فصورت لمكتبتي .

لقد جاء فى اول ورقة من النسخة الاولى من هذه المخطوطة : كتاب ادب القاضى المسمى بروضة القضاة تأليف العلامة على بن محمد السمنانى تغمده الله برحمته وهو بخط مؤلفه .

وذكر فى آخر هذه المخطوطة انه «فرغ من تأليفه صبيحة يوم الجمعة مستهل سنة ثمان وأربعمائة (كذا) . وجاء في أول ورقة من نسخة قليج علي باشا : كتاب روضة القضاة وطريق النجاة تأليف الامام العلامة قدوة المحققين ودرة المدققين ابي القاسم علي بن محمد بن احمد السمناني الحنفى .

---

* نشرت هذه المقدمة بعنوان « التعريف بكتاب روضة القضاة وطريق النجاة » فى المجلد الخامس عشر من مجلة المجمع العلمي العراقى وقد أضفنا اليها حين جعلناها جزءا من مباحث هذا الكتاب بعض الزيادات .

وظاهر ان الصحيفة الاولى من نسخة معهد المخطوطات من هذه المخطوطة ليست من أصل الكتاب وانها اضيفت اليه أما الصحيفة الاخيرة من الكتاب فيستفاد منها ان ناسخ المخطوطة هو أبو عبدالله محمد بن علي •• محمد بن المظفر الشامي أقضى القضاة •• وانه « وقع الفراغ من تأليف هذا الكتاب صبيحة يوم الجمعة مستهل صفر من سنة ثم (كذا) واربعمائة ، وكتب على بن محمد السمنانى مؤلف هذا الكتاب ، وهو يحمد الله ويصلى على محمد النبى وآله ، ويسلم ، ويسأل المغفرة والنفع فى الدارين ، وهو حسبه ونعم الوكيل» •

* * *

ان الظاهر من اسلوب كتابة تاريخ تأليف هذا الكتاب في نسخة معهد المخطوطات ان كلمة (ثم) يحتمل أن تكون مختزلة من كلمة ثمانية أو ثمانين ، فيكون تاريخ الكتاب هو سنة ثمانين واربعمائة اى قبل وفاة مؤلفه بمدة تراوح بين ١٣ـ١٩ سنة ، على أن كتب الطبقات تشير ـ كما سنرى ـ الى تاريخ آخر • وقد جاء في نسخة قليج علي باشا أن مصنف الروضة فرغ من تأليفها سنة **٤٧٨** هـ

لقد صورت مخطوطة روضة القضاة لمعهد المخطوطات على **(٣٣١)** سليدة[١] كل سليدة منها تحتوي على صحيفتين ، عدا السليدة الاولى فانها مؤلفة من صحيفة واحدة وفراغ ، وبذلك تكون صفحات الكتاب عبارة عن **(٦٦١)** صحيفة فى كل صحيفة قرابة **١٩** سطرا وفي كل سطر قرابة **(١١)** كلمة • أما نسخة قليج علي باشا فيبلغ عدد صفحاتها **(٥٢٠)** صحيفة فى كل صحيفة قرابة **(٢٩)** سطرا وفى كل سطر قرابة **(١٧)** كلمة [٢] •

---

(١) من كلمة Slide الانكليزية وتعني قطعة من الفلم

(٢) ثمة نسخ خطية اخرى من روضة القضاة للسمنانى فى كل من مكتبة منيخ برقم ٢٦٠ وداماد زاده فى استانبول برقم ٧٣٦/٧ والزيتونة بتونس برقم ١٧ وقد أهدت لي المكتبة العامة في منيخ ميكروفلم النسخة المحفوظة لديها شاكرة •

وبالرغم مما ورد فى اول صحيفة من هذه المخطوطة من أنها بخط مصنفها فان ما ورد في خاتمتها ينقض هذا الزعم كما ان اسلوب الكتاب ، وما جاء فيه من اختزال بعض الكلمات او سقوطها ومن اغلاط نحوية ليدل على أن هذه المخطوطة نسخت عن مخطوطة اخرى كانت بخط المصنف •

لمن صنفت الروضة؟

ويستفاد من مقدمة الكتاب ان السمنانى صنفه بناء على طلب :

« نظام الملك وقوام الدين ، العادل ، العالم ، المنصور ، المظفر ••• ابى على الحسن بن (الحسين) بن علي بن اسحق ، رضى أمير المؤمنين » •

ونظام الملك هو الوزير السلجوقى الشهير مؤسس المدارس النظامية فى بغداد وغيرها من حواضر الامبراطورية السلجوقية • وقد كان الوزير معروفا بميله لنشر العلم وتكوين طبقة من الكتاب والفقهاء تتولى تدبير تلك المملكة الفتية التى قامت على أثر هجرة تركية جارفة تزعمها السلاجقة ، ولاغرو فقد كانت تلك السلطنة الناشئة الفتية بحاجة الى تنظيم ادارى تحصل به الموازنة بين السيف والقلم ، وتستقر به دعائم المملكة السنية الناشئة على انقاض الدولة البويهية الشيعية ولشدة حرصه على تنظيم دولة السلاجقة ألف بالفارسية كتابا فى السياسة عنوانه « سياستنامة» • وكان مزاج ذلك العصر يميل الى ربط كل دولة من دول الطوائف بمذهب تعتنقه الدولة وتتعصب له وهي خطة ممقوتة تركت اثارها السيئة فى المجتمع الاسلامى عصورا طويلة الى ان افاق من بدعتها المسلمون والتزمت معظم الدول الاسلامية المعاصرة جانب الحياد تجاه المذاهب وان شذت عن هذه السياسة ايران وافغانستان اذ اتخذت الاولى من الامامية الاثنى عشرية واتخذت الثانية من الحنفية مذهبا رسميا مع أن الاسلام ولد ولا مذاهب فيه ويمكنه أن يستمر في الاضطلاع برسالته دون التقيد بمذهب أو التزام قول دون قول •

عصر البهويهيين والسلاجقة وحظ الثقافة الإسلامية فيه :

ومهما يكن فأن العصر الذي عاش في ظل حضارته كل من السمناني ونظام الملك وظهرت آثاره في عمق ثقافة أولهما وتنوعها ومساعي ثانيهما وجهوده، ان هذا العصر يتسم بقيام الدولة السلجوقية السنية على أنقاض الدولة البويهية التي اصطنعت التشيع واسرفت في تقييد سلطة الخلافة العباسية واذلال الخلفاء العباسيين بالعزل وسمل العيون •

ولقد حققت القبائل التركية الموحَّدة في ظل زعامة السلاجقة ماعجز أسلافهم قبل الاسلام عن تحقيقه من استقلال عن تسلط الحكم الفارسي الساساني والسيادة الفارسية على الشعوب التركية المحاربة ، فتهيأ بذلك للامة التركية ـ كما تهيأ من قبل للامة العربية ـ ان تبدأ مرحلة تكونها القومي الحديث بفضل اعتناق تلك القبائل المهاجرة الاسلام وتحولها من قبائل مبعثرة الى أمة مجاهدة تضطلع برسالة الدين الاسلامي الحنيف وتدين للاسلام ـ كما دان العرب من قبل ـ بهذا التحول فى البنية الاجتماعية فتسارع الخلافةالعباسية الى اصطناعها والاستعانة بها على التحرر من نير البويهيين ، وما اصطنعه البويهيون من سياسة اذلال الخلافة العباسية ، وما أدخلوه على المجتمع الاسلامي فيالعراق من عادات غير مألوفة هي في نظر أهل السنة وعقلاء الشيعة أنفسهم من البدع التي لايقرها الاسلام • ومع ذلك فأن هذا السلطان السياسي والتحول القومي الذي تحقق في ظل الدولة السلجوقية لايعني قيام القطيعة بين عناصر الثقافة الاسلامية التى اضطلع برسالتها الانسانية الجامعة جميع العناصر القومية الاسلامية من عربية وفارسية تركية ، فقد كانت تلك الثقافة من القوة والفتوة بحيث لم يزدها قيام دول الطوائف الا متانة وتتولا ، ولذا فأن الدولة السلجوقية التركية احتضنت في مضمار الادارة والثقافة كلا من اللغتين العربية والفارسية ، ولا غرو فان القوميات الاسلامية تختلف مفاهيمها عن القوميات الغربية لانها تقوم على أساس مما دعى اليه الاسلام من التعارف والتواضع لا التنابذ والتعالي ومن الاخوة البشرية لا البغضاء الشعوبية ومن أواصر القربى فى الانسانية التى تمت في البداية بآدم وتنتهي في النهاية الى التراب •

هذه الحقيقة هي التي تفسر لنا أن الدولة السلجوقية الناشئة لم تكد تستقر لها أسباب الملك والسلطنة حتى سعت الى حماية تلك الثقافة الاسلامية الجامعة، وجنحت الى المذاهب المعتدلة في تصوير الخلافة ولم تجنح الى سياسة شعوبية قاتمة تبصق في وجه الفلك من فرط حقدها ، وشجعت تأسيس المدارس والجامعات وأتاحت فرصة استمرار انبثاق النبوغ في جميع أرجاء امبراطوريتها، فنشأ في عصرها مفكرون وفلاسفة وفقهاء عظام ، وكل ذلك بالرغم من عوامل الاضطراب التي كانت تشيع في العالم الاسلامي يومئذ ، في داخله وتحيط به في خارجه وعوامل الفساد في الادارة وجباية الضرائب ، تلك العوامل التي كانت تبرر مصادرة أموال الوزراء والولاة وتعذيبهم بين فينة واخرى ، ذلك ان قيام دول الطوائف المتنافسة في قلب الخلافة الاسلامية من بويهية وسلجوقية وغيرهما واستقرار سلطات تلك الدول المتوثبة بعد فترة الاستيلاء العنيفة كان لابد له من الشعور بعد ذلك بالحاجة الماسة الى الاستقرار والتنظيم والى طائفة من رجال الفكر والادارة والفقه وسائر ضروب المعرفة كيما يعود للدولة وللمجتمع مافقداه من طمأنينة وأمن .

والحاصل فقد كانت منجزات السلاجقة ـ كما وصفها احد الباحثين الناشئين[1] ـ رائعة فقد قاومت الغزو الصليبي وأدركت مخاطر المذاهب الباطنية، ونشطت نشاطا كبيرا في انشاء المدارس ودور العلم والعناية بالدارسين والباحثين « فكان محط نظرهم هو أن العلم من أهم الاسلحة التي ينبغي أن تتوفر للامة لصد العدوان عنها ورد كيد الطامعين فيها والطاعنين عليها »[2] .

وهكذا فأن القلق السياسي الذي كان شائعا يومئذ لم يحل دون الاستقرار الثقافي والنتول الفكري في المجتمع الاسلامي ، فكان مايحل بالعالم الاسلامي من زعازع وقلاقل وكوارث سرعان ما يضمن التقدم الثقافي له سبيل الهداية والرشاد والتوجيه في ظل مبدأ دستوري اسلامي شهير هو مبدأ الامر بالمعروف

(١) هو الدكتور حمد عبيد الكبيسي في رسالته التي حقق فيها كتاب شفاء الغليل للغزالي .
(٢) أيضا ، ص : (ج)

والنهي عن المنكـر ، فلا عجب أن وجدنا دول الطوائف مرهفة الشعور بالحاجة الماسـة الى اصطناع الطبقة المثقفة ثقافة موسوعية جامعة ، وقد كان من اعـلام تلك الطبقة اسـماء خلدها التاريخ كالغزالي والماوردي والسمناني ونظام الملك الذي أخذ بيد السمناني لما لمسه فيه من سـعة الثقافة والدراية بالفقه والتـاريخ وصنفت الروضة تعبيرا عن عميق الولاء لذلك الوزير .

أهداف المصنف وخطته:

لقد رمى مصنف الروضة بتأليفه ان يكون كتابا جامعا مبسطا بحيث «يحتاج اليه العلماء والمتعلمون والخاصة والعامة ، ولايستغنى عنه فى ادب الفقـه (القضاء) على جميع مذاهب الفقهاء .

والواقع ان هذا الغرض المزدوج الجامع بين افادة المتعلمين من ناشـئة الفقهـاء والمتضلعين منهم من الاغـراض التي حـرص على اتباعها في مصنف آخر مكمل لهذا الكتاب وردت اليه الاشارة فى الروضة فى باب « كاتب القاضى» حيث جاء « وقد صنفنا فى الشروط كتابا سميناه كنز العلماء والمتعلمين فـى علم الشـروط » .

والى مثل هذا الغرض رمى امام الهدى الفقيه ابو الليث نصر بن محمد السمرقندى عند تصنيفه كتاب خزانة الفقه[1] .

نحن اذن امام مؤلف له هدف واضح ، وهو فوق ذلك محيط بموضوعه وبما صنف فيه قبل ذلك من كتب احاطة ناقد بصير ، وقد صرح بنفسه بهذه الحقيقة فقال فى مقدمته على الروضة .

صنف فى ذلك كتب كثيرة كالذى صنفه الخصاف والطحاوى والاصطخرى ومحمد بن الحسن (الشيبانى) وسائر شروح الضـالعين[2] فمنهم من اطال ، ومنهم من قصّر ، ومنهم من قدم ما لايحتاج اليه ، ومنهم من أخر ، ولم يرتب

---

(١) نشرت خزانة الفقه فى كتابنا « المصنفات الفقهية لامام الهدى ابى

(٢) فى نسخة قليج علي باشا (الطائفتين) .

الابواب ، ولاعقد الفصول ، ولا كشف قناع العلم ، ولااتى مايحتاج اليه على نمط الحاجة .

فالسمنانى ـ كما ترى ـ مؤلف ناقد مضطلع احاط بما كتب السابقون عليه فى موضوعه من اعلام وضالعين فلم يتردد في نقد ما في كتب هؤلاء وأولئك وما وقعوا فيه من هنـات .

ونحن اذن امام مصنف فقهى على جانب من الاهمية كبير اختط مصـــنفه لنفسه خطة وتمسك بمنهج يفى فى رأيه بالحاجة فلا تطويل فيه ولاتقصير ولا عجز عن النفاذ الى صميم الموضوع . وهؤلاء الذين ذكرهم الســمنانى كانوا من اعلام الفقه فى المذهبين الحنفى والشافعى فالخصاف هو احمد بن عمـرو الشيباني المتوفى ببغداد سنة ٢٦١هـ ومن مصنفاته كتاب أدب القاضى ، وكتـاب الشروط الكبير وكتاب الشروط الصغير وكتاب المحاضر والسجلات وهى جميعا من المراجع النظرية العلمية فى دراسة نظام القضاء فى الاسلام .

أما الطحاوى فهو أبو جعفر احمد بن محمد بن سلامة الازدى ابن اخت الفقيه المزني الشهير فى المذهب الشافعي . وقد انتقل الطحاوى من مذهـب الشافعية الى مذهب الحنفية والف مختصراً شهيرا فى الفقه وتوفى بمصر سنة ٣٢١ هـ (١) .

ومن مصنفات الطحاوي نظام القضاء والفقه العملي :ـ

١ ـ الشـروط الصغير

٢ ـ والشروط الكبير

٣ ـ والشروط الاوسط

٤ ـ والمحاضر والسجلات (٢)

---

(١) نشر هذا المختصر فى مصر سنة ١٣٤٠ محققا بقلم ابى الوفاءالافغانى في سلسلة احياء المعارف النعمانية ولهذا المختصر شروح متعددة منها شـــرح الاسبيجابي وشرح الوبري .

(٢) الجواهر المضية ج١ ص ١٠٣ ـ ١٠٥ ويقوم طالب الماجستير التركي الجنسية السيد روحي اوزجان بتحقيق كتاب الشروط والوراقة باشرافنا تمهيدا لتقديمه اطروحة للماجستير .

وقد اشار السمنانى الى ان للطحاوى أدب الحكام الصغير وادب الحكام الكبير ونقل عنهما •

واما الاصطخرى فالمقصود به أبو سعيد الحسن بن احمد ابن يزيد بن عيسى بن الفضل بن بشار (اويسار) بن عبدالحميد بن عبدالله بن هاني بن قبيصة بن عمرو بن عامر وقد وردت ترجمته في طبقات الفقهاء للشيرازي (ص - ٩١) حيث قال عنه :-

كان قاضى قم ، وولى الحسبة ، وكان ورعا متقللا ، ولد فى سنة ٢٤٤ ومات في سنة ٣٢٨ هـ وصنف كتابا حسنا في أدب القضاء •

وأضاف السبكي في طبقات الشافعية الكبرى انه كان أحد الرفعاء من أصحاب الوجوه وقال الخطيب كان أحد الائمة المذكورين ومن شيوخ الفقهاء الشافعيين •

وقد ورد ذكره فى البداية والنهاية لابن كثير فى حوادث سنة ٣٢٨ هـ فجاء علاوة على ذلك انه ولي بعد قضاء قم « حسبة بغداد ، فكان يدور بها ، ويصلي على بغلته ، وهو دائر بين الازقة ، وله كتاب القضاء لم يصنف مثله في بابه ، توفي وقد قارب التسعين » •

مراجع أخرى:

واما محمد بن الحسن الشيبانى فهو من اعلام المذهب الحنفى فقد كان صاحب الامام ابى حنيفة ومدون المذهب صحب أبا حنيفة واخذ الفقه عن أبى يوسف ودون الموطأ وحدث به عن مالك [١] وهو اليوم موضع عناية الفقهاء الغربيين انفسهم فقد كتب عنه الدكتور اوتوسبيس Otto Spies الاستاذ فى جامعة بون مقالة نشرت في اعمال المؤتمر الدولي الخامس للقانون الموازن[٢] المنعقد فى بروكسل سنة ١٩٥٨ (مجلد ١ ص ١٢٥-١٢٩) بعنوان فقيه عظيم من فقهاء المسلمين ، وقد ذهب فى هذه المقالة الى اعلاء شأن ابى يوسف والشيبانى فى تطوير المذهب الحنفى وبيان ما كان لهما من جهود وآثار •

---

(١) الجواهر المضية ج٢ ص ٤٢ •

(٢) Rapport generaux au Ve Congre de Droit Comparé

على ان السمنانى لم يكتف بالرجوع الى ما صنفه هؤلاء فى نظام القضاء بل رجع الى مراجع فقهية اخرى فى المذهبين الحنفى والشافعى حيث نجده يشير فى مواضع مختلفة الى هذه المراجع باسمائها واسماء مصنفيها تارة او بأسماء مصنيفها فقط بحيث يمكن أن نقول انه رجع الى :

١ ـ المهذب للشيرازى

٢ ـ الخلاف للقدورى

٣ ـ كتاب المزنى (المختصر)

٤ ـ مختصر الطحاوى ، وادب الحكام وادب القضاء الصغير

٥ ـ شرح الدامغانى لمختصر الحاكم

٦ ـ مختصر الكرخى

٧ ـ محمد بن الحسن الشيبانى فى كتاب الدعوى

٨ ـ الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيبانى والاصل والزيادات

٩ ـ الامالى لابى يوسف

١٠ ـ القدورى فى التجريد

١١ ـ الخصاف فى المفصل ، وادب القضاء

١٢ ـ علي بن موسى القمي : احكام القرآن الصغير

١٣ ـ أبا عبيدة فى الغريب

١٤ ـ مختصر ابي موسى الضرير

١٥ ـ ابن سماعه : النوادر والامالى

١٦ ـ القضاء للاصطخرى (الشافعى)

١٧ ـ شروط الاصبغ
١٨ ـ عيون المسائل لابي الليث السمرقندي

ومما يستحق الاشارة فى هذا الصدد ان روضة القضاء خلت من الاشارة الى ماكتبه الماوردي في الحاوي[١] عن أدب القاضي مع أن الماوردي توفي قبل السمناني بتسع وأربعين سنة ، فهل معنى هذا ان السمناني لم يطلع على كتاب الحاوي ؟ مهما يكن من الامر فان كلا المصنفين رجعا الى مراجع مشتركة في مقدمتها مصنف الاصطخري الشهير •

خطتنا في تعريف الكتاب وموضوعه :

مما سلف يتبين لنا ان مصنف روضة القضاة كان نقادة والكتاب يعالج موضوعا لم يزل بحاجة الى المزيد من الدرس والعناية ، لقلة ماحقق ونشر عنه ، ولتهجم بعض الغربيين وادعائهم ان القضاء الاسلامى تأثر بدوره بنظم القضاء الرومية والفارسية كما تأثرت نظم الدواوين الاسلامية • وخصائص هذا النظام الطريفة لم يكشف عنها القناع لتتجلى فى ضوء البحث الموازن وتعرب عن اصالتها وطرافتها ومحاسنها وهناتها •

والى جانب كل ذلك فهذا الكتاب صنف بعد مرحلة طويلة من النمو والتطور خطا فيها بحث ادب القضاء خطوات متعاقبة ، والف فيه فقهاء اعلام ممن ذكرهم السمنانى وغيرهم والعصر الذى الف فيه هذا الكتاب بلغت فيه حركة التأليف فى شتى فروع الفقة مرحلة بالغة من التطور والنضج ورسخت فيه اساليب علم الخلاف فى استعراض مختلف ابواب الفقه دون تعصب او غلو•

كل هذه الحقائق تدعونا بعد هذه التوطئة لتعريف المصنف والكتاب ان نبسط القول فندرس الموضوعات الآتية :

نظام القضاء فى الاسلام وخصائصه •

---

(١) الماوردي هو علي بن محمد بن حبيب البصري الشافعي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ وقد اشتهر بكتاب الاحكام السلطانية وكتاب أدب الدنيا والدين وله مطول في الفقه اسمه الحاوي ، يقوم صديقنا السيد هلال السرحان بنشر الجزء المتعلق منه بأدب القضاء •

٢ ـ سيرة مصنف الكتاب وآثاره وثقافته .

٣ ـ ما اضافه هذا الكتاب الى موضوع نظام القضاء من جديد سواء من حيث صياغة المبادىء أو تعليل الفروق بين مختلف آراء المذاهب أو التزام الاسلوب العقلي الهادىء المحايد الى حد كبير من الحياد العلمي الذى اتيح لابناء ذلك العصر .

خصائص النظام القضائي في الإسلام :

للنظام القضائي في الاسلام تاريخ طويل حافل بالحركة والنضال في سبيل العدل والانسان والحق والشرع ، وملامح جذابة لما فيها من طرافة ،ولقد توثقت صلتي بهذا النظام منذ ان صنفت كتابي «الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية» الى ان درسته في جانبيه الفقهي النظري والتاريخي واعددت فيه أبحاثا مخطوطة رأيت ان أخدمها بنشر بعض ما صنف في أدب القضاء لتزداد ثروتنا ومراجعنا في هذا المضمار .

والواقع ان النظام القضائي في الاسلام تمكن في خلال تاريخه الحافل في بعض العصور بالحركة والكفاح والتطور والمتناقضات ان يملي على صفحة الفقه والقضاء أروع القواعد والمبادىء التي تكفلت برعاية حقوق الانسان وصيانة كرامته وعرضه وماله من التعدى والاتلاف والغصب والجور والشطط.

وحسبك ان تعلم ان المدين كان يباع بالدين في شريعة روما ومصر واعراف العرب قبل الاسلام فلما هيمن الشرع الاسلامي على مصر وطولب القضاء الاسلامي ببيع المدين بالدين تقرر ان المدين لايباع بالدين كالسلعة ولكن يترك ليسعى لنفسه وللدائنين[١] .

ولقد خاض هذا النظام في سبيل تحقيق ذلك اعنف المعارك وامتحن فيه بعض القضاة أقسى امتحان وحفل بأكثر الآراء والحلول تنوعا ومراعاة لجوانب مختلفة من العدالة المحضة والمصلحة والضرورة ودون تاريخه سطورا من نور

---

(١) بحثنا عن النظام القضائي في الاسلام .

ولكن هذا التاريخ لم يخل من عصور انحطاط وقضاة سوء استباحوا الرشوة وحادوا عن جادة الحق وسجلت كتب تاريخ القضاة عنهم اسوأة السير والصفحات بكل صراحة وتندر حتى اصبح لدينا تاريخ حافل بهذه المتناقضات واضيف الى ثروتنا الادبية فصل خاص بما قيل في القضاة من قدح وذم وتجريح وسخرية •

والى جانب كل ذلك فان للنظام القضائي الاسلامى خصائصه الخاصة ببنيته وتركيبه ينفرد بها عن سائر النظم القضائية حيث قام بالدرجة الاولى على أساس نظام القاضى الفرد الذى اتيح له استشارة الفقهاء في مجلسه وخارج مجلس الحكم وهذا الطراز من المحاكم يرجع الى تقاليد العرب قبل الاسلام حيث ساد نظام التقاضي لدى حكم أو كاهن فرد ولا صلة له بطراز المحاكم في الشرائع القديمة الاخرى •

ولم يحظ حكم القاضى فى ظل هذا النظام بدرجة كافية من القطعية بل كان عرضة للنقض في الامور غير الاجتهادية وفق شروط وفروض معينة[1] كما كان القاضي نفسه عند عزله عرضة « للايقاف » اي لعرضه على الحساب الدقيق والسؤال والمراجعة •

وهذا اغرب ما فى هذا النظام بالقياس الى سائر النظم القضائية فى مختلف الشرائع المعروفة ودليل على مدى تغلغل مبدأ سيادة القانون في هذا الشرع الذي تقرر فيه خضوع الحاكم والمحكوم لحكم القاعدة القانونية ومسؤولية اولى الامر عما عهد اليهم الاضطلاع به من الشؤون العامة والخاصة •

لقد منح الاسلام للقاضى سلطة واسعة وأناط به مهمات خطيرة ، ولكنه جعله مسؤولا مسؤولية خطيرة فى دنياه وآخرته حتى شبه من ولي القضاء بمن ذبح بغير سكين •

* * *

---

(١) جاء فى جامع الفصولين ١/٢٠ «كل شيء اختلف فيه الفقهاء فقضى فيه القاضي نفذ قضاؤه ، وليس لقاض آخر ابطاله » والى مثل هذا القول ذهب الشافعي كما في أدب القاضي للماوردي (٤٧/٢و مختصر المزنى ٢٤٢/٥ والأم ٢٠٧/٦ ـ ٢٠٨) •

لقد كان القضاء في عصور طويلة يتمتع بأخطر مركز بعد مركز الخلافة ، ولذا كانت دراسة تاريخه من الامور الممتعة والجديرة بالبحث لانها قمينة بان تكشف لنا النقاب عن طبيعة نظام الحكم في الاسلام ، وعن نوع من الدمقراطية والعدالة حاول الاسلام اناطة تحقيقها بالقضاء ، وأكد فيها على العدالة والمساواة أمام الشرع وعلى سيادة الشرع على جميع المكلفين حكاما ومحكومين وعلى التزام القضاء الحياد التام بين المراكز والحقوق فسطر بذلك انبل ما رمت الى تحقيقه الثورة الفرنسية من حقوق الانسان قبل ان تولد هذه الثورة ، وان تسطر فلسفتها بعصور وعصور . ولكن الفقه أناط بالقضاة مهمة النضال في سبيل هذه المبادىء ولم ينط ذلك بقواعد موضوعية أو اجراءات محددة معقدة مضمونة الجواب اللهم باستثناء حق القاضي في تفتيش السجون واطلاق سراح المسجونين ظلما .

ولذا فقد تشدد الفقه الاسلامي في صفات القضاة وأعوانهم والشهود وتزكيتهم وتعديلهم ، وتشدد السمناني أكثر من غيره لعلة سنشير اليها ، ولكنه لم يخدع بما اشترطه هو والفقهاء من قبله فقد اعترف لنا بمرارة بواقع الحال حيث انيح له معاشرة شيخه قاضي القضاة الدامغاني ثلاثين سنة تولى فيها الشيخ قاضي القضاة منصب القضاء فحدثنا في مواضع مختلفة عن واقع القضاة وعن مجلس شيخه .

تلك هي خصائص النظام القضائي في الاسلام ، ولسنا بحاجة الى ان نطيل القول فيها أكثر من ذلك ولا ان نعرض على القارىء القواعد الدستورية التي حررها الفقه في هذا المضمار لان كل ذلك سيذكر في كتابنا المفرد لنظام القضاء الاسلامي ولكننا سنكتفي في آخر هذا البحث باستنباط بعض هذه القواعد من كتاب السمناني ليكون مجموعها انموذجا لهذا الدستور .

لم يكن السمناني اذن نقالة جماعة في تصنيفه بل كان نقادة رسم لنا الجانب النظري ولم يخف علينا واقع حال القضاء في عصره فنقل الينا من تجاربه وملاحظته سير الواقع ومجرى الاحداث ما يجعل المتعة المرجوة من كتابه مضاعفة، ولا غرو فقد اكتوى السمناني نفسه بنار القضاء ـ كما سنرى ـ وقد أتيح له

أن يختبر ما سنّ من القواعد المثالية لدستور القضاء في ساحة القضاء نفسه فلم يكذب علينا ولا خاتل ولكنه لم يحد عن احترامه لشيخه قاضي القضاة واعجابه به ، وبما كان يجرى عليه العمل في زمانه في مجلس حكمه •

وثمة أشياء أخر يكشف عنها النقاب كتاب الروضة فان مؤلفه لم يكتف بتقرير احكام نظام القضاء في الاسلام ولكنه بين لنا وجه استنباط تلك الاحكام والقواعد فلم يكن يكتفي بالقياس على نظم الفقه الخاص[1] من وكالة ونيابة بل كان يلحظ الفرق بين الامرين احيانا وكان في مواضع اخرى يعمد في الاستنباط الى مقتضيات الحاجة والمصلحة •

والواقع ان جميع هذه الحقائق تبدو جلية في كتاب روضة القضاة حيث يقرر السمناني في مواضع مختلفة منها أوجه القياس على الوكالة ، ويقرر احيانا وجود الفارق بين القضاء والامامة وبين الوكالة ، وحيث يذكر بصراحة ان الامامة نيابة عن الامة ، وحيث يعرض علينا محاولة الفقه تخفيف عبء الحساب والمسؤولية عن عاتق القاضي المعزول بجعل القول قوله فيما يدعى عليه •

ترجمة السمناني:

مولده ودراسته:

وردت ترجمة السمناني في كل من الجواهر المضية (ج١ ص ٣٧٥-٣٧٧) والفوائد البهية (ص ١٢٣ - ١٢٤) ومنهما يستفاد انه علي بن محمد بن أحمد الرحبي أبو القاسم ويعرف بابن السمناني • ذكره أبو عبدالله محمد بن عبدالملك بن ابراهيم الهمداني في طبقات ابي حنيفة فقال :

« مولده رحبة مالك بن طوق[1] » •

---

(١) مصطلح أردنا به المقابلة مع القانون الخاص كما ان الفقه العام نريد به ما يقابل القانون العام •

(٢) جاء في القاموس المحيط في مادة الرحب رحبة المكان وتسكن : ساحته ومتسعه ، ومن الوادى مسيل مائة من جانبيه فيه •• والارض الواسعة المنبات المحلال ••• ورحبة مالك بن طوق (التغلبي) على الفرات •

ورد على قاضي القضاة أبي عبدالله محمد بن علي الدامغاني الكبير[١] فقرا عليه مذهب أبي حنيفة •

وقرأ الكلام والاصول علي أبي علي بن الوليد[٢] •

وكانت له تصانيف فى الفقه والشروط والتواريخ وكتاب فى أدب القضاء سماه روضة القضاة وهو تصنيف لطيف فرغ منه سنة ثمان وسبعين واربعمائة •

وقد نسب لفخر الدين الزيلعى كتاب يسمى روضة القضاة وطريق النجاة، ولكن صاحب الفوائد البهية يقول ان الظاهر ان هذا خطأ (ص ١٢٤ منه) •

وثمة كتاب آخر يسمى روضة القضاة في المحاضر والسجلات تأليف مصطفى بن الشيخ محمد الرومي الحنفي[٣] المتوفى سنة ١٠٩٧ أشار اليه ذيل كشف الظنون (مجلد ١ ص ٥٩٦) ولا ندرى هل العلاقة بين الكتابين قاصرة على اقتباس اسم الثاني من الاول أم ان الثانى رجع الى الاول فى موضوعه ومادته أيضا[٤] •

---

(١) هو محمد بن علي بن محمد بن الحسين بن عبدالملك بنعبدالوهاب الدامغاني الكبير أبو عبدالله (٣٩٣ بدامغان ــ ٤٧٧ هـ ببغداد) قاضي القضاة الامام العلامة تفقه على الصيمري ببغداد وسمع من أبي عبدالله محمد بن علي الصورى وروى عنه عبدالله الاتماطى وغيره واصحابه كثيرون لايحصون ، وكان متضلعا فى الخلاف • وفى مكتبة الاوقاف ببغداد رسالة فقهية للدامغانى ضمن مجموعة مخطوطة رقمها ٣٢٧ أما عنوان هذه الرسالة فهو مسائل في دعوى الحيطان والطرق والابواب فى الفقه وقد اطلعت على هذه الرسالة فانتهيت الى انها ليست من تصنيف الدامغاني وانما هي لمؤلف مجهول نقل عن الدامغاني وعن الذخير وغيرهما •

(٢) في أول ورقة من نسخة قليچ علي باشا ترجمة مقتضبة للسمناني جاء فيها «شيخه ابو علي محمد بن احمد بن الوليد» •

(٣) منه نسخة خطية في مكتبة عموجة حسين باشا برقم ١٩٢ واخرى في مكتبة أسعد أفندي برقم ٨٠٥ ــ ٨٠٦ •

(٤) ومن الكتب التي استعارت من روضة القضاة عنوانها كتاب « روضة الاحكام وزينة الحكام» وهو مختصر فى القضاء لابى نصر القاضى شريح بن عبدالكريم الرومانى الشافعى وقد وردت الاشارة اليه فى كشف الظنون مجلد ١ ص ١٩٢٣ •

ثقافته :

فالسمناني اذن كان فقهيا ومؤرخا ولغويا تثقف بثقافة عصره من فقه وكلام وأصول وتاريخ الخ ، وصنف روضة القضاة وطريق النجاة في موضوع من اهم موضوعات الفقه الاسلامي ، ومما يستدل به على ثقافته اللغوية مشاركته في حركة شرح النصوص الادبية فان في حوزة مكتبة الاوقاف العراقية مخطوطا عنوانه :

حاشية على مقامات الحريري • وقد جاء في دليل هذه المكتبة المسمى بالكشاف ان هذه الحاشية بقلم أبي القاسم علاء الدين محمد بن علي السمناني المتوفى سنة ٤٩٣هـ وهذه المخطوطة مرقمه بالرقم ٢٩٩ •

آثاره :

صنف السمناني في موضوعات متعددة في الفقه واصوله والتاريخ واللغة وروضته من أهم ماصنفه في الفقه فلنعد اليها فإنها محور هذا التعريف :

لقد اشرنا من قبل الى ان احكام منصب القضاء تنير لنا أهم جوانب الفقه الاسلامي ونعني بذلك الجانب العام من هذا الفقه المعني بتصوير هذه السلطة من سلط الدولة سلطة القضاء ، فاحكام القضاء اذن من اهم موضوعات « الفقه العام المقابل للقانون العام في القوانين الوضعية في عصرنا هذا وان لم يعرف الفقه الاسلامي هذه التفرقة بين الفقه العام والفقه الخاص كما عرفت القوانين الوضعيه تفرقة مثلها بين القانونين العام والخاص •

ولقد سلك الفقهاء في تدوين احكام هذه السلطة والقواعد المنظمة لها مسلكين :

فمنهم من عالجها باعتبار موضوعها من جملة موضوعات الفقه فلم يفردها بمؤلف فرد مستقل ، ومنهم من أفردها بمؤلف خاص كما فعل السمناني حين أفردها بكتابه الفرد الجامع لمباحث هذه السلطة وقواعدها على أن من الفريق الاول من أسهب في التأليف وأطنب حتى جاء بحثه في أدب القضاء أشبه بمصنف فرد في الموضوع كما فعل الماوردي في الحاوي •

ومن مزايا كتاب الروضة أنه لم يقتصر على سرد وجهة نظر المذهب الحنفي وحده ولكنه عالج موضوعه علاجا جامعا موازنا فعرض لمختلف وجوه النظر في المذاهب الاسلامية المختلفة من حنفية وشافعية وزيدية وامامية وخوارج واكثر من الموازنة بالدرجة الاولى بين اقوال الحنفية والشافعية وكل ذلك على طريقة علم الخلاف اى على طريقة الفقه الموازن بمصطلح عصرنا هذا ان صحت هذه الاستعارة فاتسع بذلك أفق هذا الكتاب ، وقد كان الدامغاني استاذ السمناني من المتضلعين بعلم الخلاف فنقل عن بعض مصنفاته وأشار الى ما جرى عليه العمل فى تلك الفترة الطويلة التى تولى فيها شيخه المذكور منصب قاضي القضاة فجاء كتاب الروضة جامعا بين ما دونه الفقه فى موضوع القضاء من قواعد نظرية وبين ما أسفر عنه العمل والتطبيق من حقائق ، وهذه اهم ميزة انفرد بها هذا الكتاب عن سائر ما ألف في موضوعه •

ان المعضلة التي يواجهها الباحث في العلوم الانسانية هي معضلة استحالة اختبار النظم في مختبر واجراء التجارب عليها تمحيصا لها ، ولكن السمناني أتيحت له هذه الفرصة النادرة فى مجلس قضاء شيخه حيث سجل لنا فى نهاية اكثر فصول كتابه صوراً ممتعة مما كان يقع فى ذلك المجلس روازن بينهـا وبين ما قرره الفقهاء ورسموه للقضـاء من قواعد نظرية فكان ذلك المجلس مختبراً للنظـام القضائي فى عصره •

ومع ان هذا الكتاب متواضع العنوان اذ يقتصر على الاشارة الى « القضاة » والقضاء فان موضوع الكتاب فى الحقيقة أوسع من ذلك :

١ ـ فقد عني السمناني بجميع جوانب الفقه الاسلامي العـام بما عقده من موازنات بين الخلافة والقضاء ، وبين سلطة القاضي والامام • وما يشترط فى كل منهما من الصفات ، وكيف يعزل كل منهما الخ فجاء بذلك كتابا جامعا فى الفقه الاسلامي العام غير قاصر على بحث سلطة القضاء وبذلك يمكن القول ان السمناني كان من فقهاء الفقة العام الى جانب تضلعه بالفقه الخاص ، وانه بذل في تطـوير مباديء الفقه العام جهودا ، وقدم لنا نماذج من الصياغة القانونية في هذا المضمار،

شأنه في ذلك شأن الماوردى وان لم يبلغ شأن الماوردى لاقلاله واكثار الماوردى فيما صنف من كتب في حقل الفقه العام .

٢ ـ وقد عقد السمناني في آخر كتابه فصولا أرخ فيها للقضاة الى زمانه فدل بذلك على مدى تضلعه في تاريخ الاسلام .

والى جانب ذلك فان مؤلف روضة القضاة كان نسيج وحده كما يظهر من مقدمة كتابه ، فانه لم يقتصر على جمع اقوال من تقدمه من المؤلفين السابقين فى هذا الموضوع ولكنه نظر فيما ألفوه نظرة الناقد الفاحص فتكشفت له عيوب تآليفهم من تقصير وتقديم ما لا يحتاج اليه من مقدمات الى غير ذلك من المآخذ فحاول أن يحترز منها . والواقع ان طريقة هذا المؤلف فى الجمع بين اسلوبى النقد والتجميع ان دلت على شيء فانما تدل على سعة اطلاعه وتوقد ذكائه فى تلك الحياة المضطربة التي قاسى آلامها وشدائدها ولم تنصفه في أعز الاشياء عليه وعلى كل انسان كما سنرى .

(٢) هذا عن الروضة وللسمناني فى موضوع القضاء العملي كتاب أشار اليه اسماعيل باشا البغدادى فى كتابه هدية العارفين[١] واسماه « العروة الوثقى فى الشروط » .

وحدثنا السمناني نفسه عن كتاب له فى هذا الفن سماه « كنز العلماء والمتعلمين فى علم الشروط فهل هما كتاب واحد أم كتابان ؟

هذا ما لا نستطيع الاجابة عليه جوابا جازما فلنكتف بالنظر الى ما ذكره السمناني نفسه عن كنزه حيث قال فى روضة القضاة فى باب كاتب القاضى :

وقد كنا صنفنا فى الشروط كتابا سميناه كنز العلماء والمتعلمين فى علم الشروط على نمط يخالف في الترتيب سائر كتب من تقدم وهو مما لا يستغني عنه عالم ولا متعلم ، وفيه من الفقه والتعليل لكل شرط ، وذكرت خلاف الناس فيه » .

---

(١) المجلد ١ ص ٦٩٤ .

فالروضة والكنز كلاهما يعالجان نظام القضاء فتناوله الروضة من جوانبه النظرية ويتناوله الكنز من جوانبه العملية والتطبيقية ، فيعني ببحث الشروطوفى هذا يقول السمناني فى تحديد العلاقة بين كتابيه هذين :

« ففيه ما يعين على هذا الكتاب (الروضة) ، كما ان فى هذا الكتاب ما يعين على ذاك » .

٣ ـ والى جانب كتابى الروضة والكنز تشير كتب الطبقات كما ذكرنا الى ان للسمناني تصانيف في الفقه ولا نعلم عن هذه التصانيف شيئا حتى الآن[١] .

٤ ـ كما تشير هذه المراجع الى أن للسمناني تصانيف في التواريخ[٢] .

٥ ـ وللسمناني كما قلنا شرح على مقامات الحريري منه نسخة مخطوطة فى مكتبة الاوقاف العراقية وقد اطلعت عليها فوجدت فى آخرها العبارة الختامية الآتية « تم الكتاب بعون الملك الوهاب على يد مؤلفه العبد الفقير الى الله الغنى به على بن محمد المدعو بعلاء السمنانى ، بلغة الله كل ما يهواه من المطالب والامانى ليلة السبت وقت العشاء السابع عشر من شعبان ... » ومن المؤسف له ان تاريخ سنة الكتابة قد طمس بحيث لا يقرأ .

٦ ـ وله أيضا سراج المصلى وشروط الصلاة اشار اليه بروكلمان فى الملحق ١ ص ٦٣٨ وذكر ان نسخة خطية منه فى مكتبة قليج برقم أ، ٣٧٨ .

---

(١) على ان السمنانى يحدثنا فى كتاب روضة القضاة ان له فى هذا المضمار كتاب « الهادي الى النظر في المسائل وطلب الدلائل » وكتاب التشويق الى العلوم والبحث عن حقيقة المعلوم وشرحه رسالة عنوانها « المسئلة النظامية فى الاشربة » وقد حدثنا في موضع آخر من الروضة ان كتابه المسمى بالتشويق الى العلوم يحتوى على مقدمة فى الحساب مهد بها لغوامض مسائل الميراث وأنه أودع فى كتابه هذا أصول الدين وأصول الفقه ومسائل الفروع والحساب والفرائض ونوادر المسائل التى تراخى بها العلماء .

(٢) فقد أشار السمناني في الروضة الى كتابه المسمى المرشد النظامي وهو كتاب فى التاريخ واسمه الكامل المرشد الى معرفة اصحاب النبى (ص) والتابعين بعدهم والخلفاء والخوارج وظاهر ان هذا الكتاب من قبيل تواريخ الاعلام.

حياة السمناني المضطربة

هذا المصنف المثقف المتعدد جوانب الفكر والثقافة النقادة الفاحص المتأمل لم يهنأ في حياته بما يحقق له العزة والكرامة وان بلغ في زمن نظام الملك مرتبة « صاحب الخبر » فقد نكب منذ اللحظة التي حملت فيها أمه في نسبه حين شاءت الأقدار أن تحمل به أمه وان تناصبها العداء زوجة حرة فتحمل زوجها على بيع تلك الجارية المنكودة قبل أن تظهر عليها علامات الحمل لمن يحملها الى خارج العراق ويسدل الستار عليها وعلى من ستلده •

كانت حياة السمناني اذن مضطربة قاسى فيها الامرين من الشدائد والآلام في مجتمع كان يضع أبناء الجواري في منزلة دنيا ، ولا يفسح لهم مجال التقدم الا بشق الانفس ، فقد ولد من جارية ولادة مغمورة ونشأ في رحبة مالك بن طوق على الفرات ، بعيدا عن كنف أبيه محروما من شفقته ومن اخوة اخيه لابيه ، ولكنه تمكن من شق طريق الحياة بصبر وأناة وكانت أمه حريصة على أن ترفعه الىالمنزلة التي اريد اقصاؤها عنها فدفعته الى دور العلم وأوصته أن يعود أدراجه الى موطن آبائه وأجداده الى العراق ليدرس الفقه على الدامغاني قاضي القضاة ، ويبلو حلو الحياة ومرها فتمكن من شق طريق الحياة بصبر واناة ولم يعلن الثورة على المجتمع اعلان مستهتر بالقيم والتقاليد ولا اعلان ناقم على الاوضاع والنظم ولكنه أعلنها اعلان مؤمن بالحق والمثل العليا ووجد ضالته في القضاء فتمسك بكل مايحقق مثله الاعلى فيه من شروط الكمال فبرهن بذلك على أصالة نفسه وكان ـ كما قيل ـ كثير الشبه بأبيه •

وحين تمكن من ثقافة عصر وبلغ فيها مابلغ توفي اخوه من الزوجة الحرة، فأراد أن يثبت نسبه من أبيه ، وأن يبرهن ان أمه الجارية كانت في الحقيقة ام ولد ، وانها حملت به من قاضي الموصل أبي جعفر السمناني ، ولكنه أخفق في اثبات هذا النسب ، ولم يلتفت الى دعواه قاضي القضاة رغم شدة الشبه بينه وبين أبي جعفر السمناني ، فقد طعن في دعواه النسب بأنه : لا تصح منه الدعوى

لانه مملوك اسمه ظاهر ، كما هو ثابت في محضر شهد فيه قوم بذلك •

ولقد اختتمت تلك الدعوى الفاشلة وجهوده المتواصلة في التظلم منهـا بالمصالحة على ست مائة دينار يؤدي قاضي القضاة منها أربعمائة دينار •

صاحب الخبر:

ولكن مافقده الرحبي من جاه النسب عوض عنه بعض العوض فقد نفق سوقه لدى نظام الملك الوزير السلجوقي فجعله صاحب خبره[1] ببغـداد ، واجرى له في كل سنة نحوا من سبع مائة دينار •

عقد نفسية:

هذا النسب الذي اخفق الرحبي في اثباته ، وهذا المنصب المغمور الـذي حصل عليه لم يدخل الطمأنينة والراحة على نفس هذا الفقيه المؤرخ اللغوي على مايظهر ، فقد ساءت حالته النفسية رغم المعاش الذي اجرى عليه وثقة الوزير به•

وقد جرت عليه تلك « العقد النفسية » آلاما شديدة ومصائب متواليـة ، لان نسبه المفقود لم يعوض بمنصب غير مغمور ، ولان الناس في عصره لم تكن لتكبر الفقيه اذا ارتقى منصب القضاء فكيف بمن قنع بأن يكون « صاحب خبر » أي رئيسا للمخابرات السرية التي أقامها الوزير السلجوقي الدكتاتور لرصـد أخبار العراق واخبار الخلافة العباسية التى جردت من كثير من سلطاتهاواصبحت مجرد اطار يزين شرعية السلطنة السلجوقية وان حرصت أن تستبقي القضـاء في قبضتها ، ولقد حدثتنا المصادر حديثا مقتضبا عن تلك الحياة المضطربة التـي قضاها الرحبي السمناني في بغداد في منصبه الجديد غير قرير ، حيث تقـول الجواهر المضية ان السمناني « ظهر منه تهجم في القول في مجلس الوزير أبي شجاع فخرج توقيع المقتدي بأمر الله بتأديبه ، وقريء التوقيع في المركب فـي اول شهر سنة ثمان وسبعين واربعمائة » •

وتناقل الناس في بغداد ذلك الحادث بالتعليق والتأويل ، وكثرت الشائعات وفي هذا تقول الجواهر المضيئة (ج١ ص ٣٧٧) •

---

(١) ترجم بروكلمان هذا المصطلح الىالالمانية بمصطلح Berichterstatter

« وتداول أهل بغداد ماخرج في معناه ، وجلس اياما في دار بالقرب من دار الخلافة وحبس ، واطلق ولازم منزله ، فورد نظام الملك الى بغداد ، وخاطب الخليفة فيه ، وورد بعد ذلك بسنتين عميد الملك أبو منصور بن جهير فراعاه ولاحظه » •

هذه الاخبار المضطربة والوقائع الدالة على مدى الاحتكاك بين الخلافة العباسية والسلطنة السلجوقية والصراع الخفي على اقتسام النفوذ في تلك الرقعة التي قامت فيها الامبراطورية السلجوقية كان ضحيتها صاحب الخبر حيث قدر له ان يقيم بين شقي الرحى وان يتكلف الخليفة الغضب عليه والامر بحبسه وأن تسارع الدولة السلجوقية الى التشفع له وانقاذه •

دعواه إثباته النسب :

ولا يفوتنا بعد هذا وقد عرفنا طرفا من سيرة هذا الفقيه المنكود أن نستعرض تلك المحاكمة التي حاول خوضها لاثبات نسبه وكيف اخفق فيها وما اعقب ذلك من تظلمه وصلحه لما في هذه المحاكمة من غرابة وطرافة وتصوير لاخلاق ذلك العصر وطبيعة الروابط الاجتماعية بين مختلف طبقاته فقد اشرنا انه دفع برد دعواه لثبوت رقه بوثيقة دونت فيها شهادة شهود اعدت من قبل اعدادا محكما فاسقط في يده ولم يحر جوابا ، ولكنه عاد يتظلم من الحكم ثم اضطر الى قبول التصالح مع القاضي الذي رد عليه دعواه •

لقد روى لنا حوادث هذه القضية ، وسير المحاكمة فيها وطرق التظلم منها كتاب الجواهر المضية •

وتبدأ حوادث هذه القضية بوفاة أحد القضاة من اسرة السمناني ويدعى أبو الحسين بن أحمد بن جعفر بن محمد ، فقد توفي سنة ٤٦٦ هـ « فحضر (مجلس القضاة) أبو القاسم الرحبي غداة ، وقد خرق ثيابه ، وشوش عمامته وتخفى في مشيته ، وفعل فعل اهل المصائب ، وذكر انه اخوه ، وادعى انالقاضي أبا جعفر السمناني أبوه •

وتساءل الناس عن اسرة السمناني وعن سمنان التي تنسب اليها ؟

وبعد أن رفعت الستارة عن هذه البداية المسرحية واسكت الجلاوزة اللغط وقطع على المتهامسين الهمس واستمع الى اقوال ابي القاسم « لم يلتفت قاضي القضاة الى دعواه » وكتب محضرا واخذ فيه خطوط جماعة » •

وخرج ابو القاسم منكس الرأس يخط برجليه خطوط اليأس والغيـــظ والناس بين شامت به وبين ناقم على قاضي القضاة •

وفي الفصل الثاني من هذه المسرحية نجد ابا القاسم يطرق باب الخليفـة متظلما بأسلوب مسرحي آخر حتى « تقدم القائم بأمر الله بأن يعقد لاجله مجلس في دار الاستاذ ابي الفصل محمد بن عامر وكيله في المخزن» واسدلت الستارة قليلا لترتفع عن فصل آخر حيث « حضره كافة اهل العلم والقضاة والشـــهود ورفعت الستارة عن هذا الفصل الجديد المتوتر وقد انحنت الرؤوس من ثقـل العمائم واشتبكت الاصابع باللحى ، وقد تصدى للمدعي ابن المحسن وكيل زوجة المتوفى •

وبدأ بين الطرفين حوار خاطف فتقدم السمناني وهو يحدث نفسه حديث الواثق بصوت منخفض :

ـ لقد أعددت لكل شيء يقوله ابن المحسن وكيل الزوجة جوابا •

ولكنه مايكاد يخطو خطوتين حتى ينبري له ابن المحسن مخاطبا القاضي أبا الحسين محمد بن محمد البيضاوي :

ـ أيها القاضي ان هذه الدعوى لاتصح من هنا ثم يشير الى المدعي قائلا له بسـخرية لاذعة واحتقار :

ـ أنت ! أنت لاتصح منك الدعوى ، لانك مملوك !

ويتهامس جمهور الحاضرين •

ويذهل على السمناني من تلك التهمة التي رافقته من الرحبة الى بغداد • ويهم بالجـواب

ولكن الوكيل يفحمه قائلا :

ـ واسمك ! اسمك ظاهر

ثم يخرج الوكيل من كمه محضرا بذلك وقد شهد فيه قوم بذلك فينشره ملوحا به وتسدل الستارة والمدعي يستغيث :

ـ رباه ! ما أظلم الانسان

لقد تحيرت في أمري

وها أنا ذا لا أجد من ينصرني

أأنا مملوك حقـا ؟

ولست حـرا ؟

فتوالى القهقهات وهو يقول :

ـ وأي ذنب لي في كل ما قدر لي ! ألست انسانا ! ويسمع صوت يقول :

ـ ياللصعلوك انه يتحـدى المقدور ؟

وتسدل الستارة بسرعة لترتفع عن قوم يتهامسون :

صوت ـ لقد عاد الفقيه المملوك أخيرا

آخر ـ صه صه لقد عاد الينا وكأنما هو غيره

ثالث ـ وكيف أيها الرجل

الصوت الثانى ـ انه اليوم صاحب الخبر بغـداد ومن ورائه نظام الملك الوزير وجندي من جنود السلاجقة يتبعه كالظل لينقض كالصاعقة على من يشير اليه بطرف بنانه •

الصوت الثالث ـ انه سـينتقم

رابع كلا ، انه اليوم في محنة فقد ظهر منه تهجم في القول في مجلس الوزير ابي شجاع فخرج توقيع المقتدي بأمر الله بتأديبه وسـيقرأ التوقيع في المركب ثم يحبس •

صوت آخر : والدولة السلجوقية ؟ ان نظام الملك من ورائه ، انه سيعود الى سـابق عهده ان السلاجقة لايرضون الهوان لاتباعهم •

تلك هي فصول المسرحية التي شهدتها بغداد في زمن الخليفة القائم بأمـر الله أو لقطات منها :

وفي خضم تلك الاحداث لم ينصرف السـمناني عن التأليف فخلف لنـا كتابه « روضة القضاة » يدعو فيه لقضاء عادل ، قضاته على جانب كبير من العـلم بالشرع والاجتهاد لو أمكن تحقيق حلمه المنشود •

ما أثمرته روضة القضاة:

أما وقد علمنا ان مصنف روضة القضاة كان ضحية من ضحايا القضاء فاخفق في اثبات نسبه من اسرة السمناني العراقية العريقة ولم ينصف في مجلس القضاء، ولا في مجلس التظلم وآب من دعواه بصلح يقاسي فيه مرارة الحرمان،حرمان ابن الجارية من نسب السيد مولاها كما هزمت أمه من قبل في صراعها مع السيدة زوجة قاضي القضاة أبي جعفر فبيعت بثمن بخس فهل اثرت تلك الاحـــداث على نفس المؤلف •

أجل لقد أثرت كل الاثر ولكنه تماسك وتجلد كما أشرنا فدل على نجابة وصلابة في الحق واتجه الى التأليف ليحيط بتأليفه عالم الحق بما يمكنه مـــن الضمانات الخلقية وعمد الى تبسيط مؤلفه ليكون مرجعا لا للعلماء والخاصة فقط بل للمتعلمين والعامة ليتعلم الجميع حقوقهم المقررة شرعا وليتعلم الانسان ان له كرامة وحقوقا •

وأكبر الظن ان تلك الاحداث أثرت في نفسه تأثيرا عميقا فحذر من تولية القاضي الجاهل لان « البليه به أشد ، لاسيما اذا اختصما في المعاملات والمواريث والمسائل المشكلة في الفروع التي يتجاذبها شبه الاصول » •

وحذر من تولية « متهم في الحكم لئلا يجور » وكتب يقول : لاينبغي أن يختار للقضاء « الا من يغلب على الظن أنه اوفا مختار ، واكمل انسان »•
وينبغي لمن تملك الولاية أن يختار لهذه الرتبة من لايقدر العالم على اصلح منه ، ولا أفضل ولا اكمل ، كما اختار الله تعالى لرسالته صفوة كل عالم ، هـــذا

التشدد في اختيار القضاة وتطلب الكمال فيمن يولى القضاء لا نجد له نظيراً في أدب القضاء للماوردي ــ مثلا ــ فان الماوردى مال الى الاعتدال في اشتراط الفضل في القاضي لما هو معروف عنه من واقعيته ، ولذا فان الماوردى صاغ القاعدة المعتدلة الواقعية الاتية فقال :

« اذا تكاملت شروط القضاء في جماعة ، كان الاولى بالامام أن يقلد أفضلهم ، فان عدل عن الافضل الى المقصر انعقدت ولايته ، لان الزيادة على كمال الشروط غير معتبرة » (أدب القضاء له ١/٢٥) .

وهكذا كان السمناني يتمنى أن لايرقى الى دست القضاء الا انسان كامل علما وعدلا واجتهادا لينصف أمثاله من جشع الارملة وغيرة الضرة .

نماذج من قواعد الفقه الإسلامي كما صاغها السمناني :

وثمة مزية اخرى يلمسها قاريء هذا الكتاب : الا وهي عرض المسائل الفقهية بشكل جذاب بارع الصياغة جاهز للتدوين القانوني بمجهود قليل يبذل في هذا المضمار واليك بعض الامثلة على ذلك :

العقد الموقوف :

ففي العقد الموقوف صاغ القاعدة الآتية :

كل عقد لو تقدم عليه الاذن نفذ ، اذا تأخر عنه الاذن انعقد موقوفا على من له حق العقد (الحنفية) .

اخرى بعكسها

لاينعقد شيء من العقود موقوفا على الاجازة .

تولية المرأة القضاء :

وذكر في آخر بحثه عن تولي المرأة القضاء قاعدة جامعة لحقوق المرأة ومركزها الفقهي فقال :

« وأجمعوا على أنها يجوز أن تكون وصيا ، ووكيلا ، وقاسما ، وأمينا وانها كالرجل في سائر العقود .

وانها أولى من الرجل بالحضانة والتربية وانها يقبل قولها فيما لايطلع عليه الرجال ، ولا يقبل قول الرجال في ذلك » .

ان هذه العبارة الجامعة لحقوق المرأة ومركزها القانوني في الفقه الاسلامي يمكن أن تصاغ قاعدة قانونية بتعديل يسير بأن يقال مثلا :

قـــاعدة :

أ ـ للمرأة أن تكون وصيا ووكيلا وقاسما وأمينا .

ب ـ وهي كالرجل في سائر العقود ، واولى منه بالحضانة والتربية .

ج ـ ويقبل قولها فيما لايطلع عليه الرجال دون اقول الرجال .

باب في الإمامة

وصاغ عند بحثه عن واجبات الخليفة تجاه الرعية وحقوقه على الرعيـــة قواعد جامعة من قواعد الدستور الاسلامي ، وفي الامكان بعد تعديل يســير أن نصوغ عبارته بعد تجريدها مما لا صلة له بأسلوب التشريع من عبارات الشرح والايضاح على النحو الآتي :

قاعدة ـ يتعين الامام بالاختيار .

اخـرى :

يتعين بالنص (الامامية)

قاعدة ـ اذا عقد للامام فالعبرة بالعقد الاول . واذا وقع عقدان معا ينعقـد للافضل (وقيل بالبطلان وبالقرعة) .

قاعدة ـ يقع اختيار الامام بأن يجتمع جماعة من صلحاء الامة واهـــل الحل والعقد والعلم والامانة فيعقدوا للامام ولا يفتقر الى جميع الامة في ذلك .

قاعدة ـ الدعوة طريق للامامة وهي أن يباين الانسان الظلمة ويأمـــر بالمعروف وينهى عن المنكر وتجتمع فيه شروط الامامة فيكون اماما وان لم يبايع على ذلك (الزيدية) .

اخرى . لا يكون

قاعدة ـ لايجوز أن يتعدد الامام في العصر .

قاعدة ـ يشترط في الامام أن يكون ذا رأي وسياسة وشجاعة وان يكـون في ظاهره عدلا ، فان كان فاسقا لم يؤمر ، ولم يعقد له ولاية ولم تجب طاعة •

قاعدة ـ ليس للامام ان يجبي ما لا يستحقه ، ولا آن يعطي ما يجب (المصالح العامة وشؤون الرعية) لنفسه ولا لغير مستحقه •

قاعدة ـ على الامام التسوية في الاحكام والعطاء وقسمة الفيء ووضع كل حق في موضعه ، ومنع المظالم •

قاعدة ـ للامام على الرعية أن يسلموا اليه ماوجب من حق في المـال له أخذه وله عليهم السمع والطاعة فيما يأمر وينهى عنه ، مالم يكن معصـية لاحكام الشـرع •

وآن يمكنوه من اقامة الحدود عليهم في أنفسهم واتباعهم •

وهكذا يمكن آن نضيف الى هذه القواعد الدسـتورية قواعد اخـرى مسـتخرجة من هذا الكتاب بعد تعديل يسـير وتجريد قليل •

فنقول مثلا :

قاعدة ـ لا يصح عقد الامامة خاصة ، بل لاتقع الا عامة عموما لا تخصيص فيه بحـال •

قاعدة ـ الامام نائب عن المسلمين يستوفي ماوجب لهم من الحقوق ويوفيهم مايجب لهم ، ويستوفي منهم مايجب استيفاؤه من الحقوق العامة وينفذ عليهـم الاحـكام •

قاعدة ـ اذا جار الامام واعتدى وتمـرد واحتوى على الاموال وجب على المسـلمين خلعه ومنعه والاسـتبدال به •

قاعدة ـ يشترط في الامام أن يكون قرشيا (مذهب الجمهور) •

اخرى ـ لايشترط (رأي الخوارج وبعض أصحاب الحديث) فيجوز أن تكون الامامة في غير قريش وغير العرب •

قاعدة ـ الامامة حق لكافة المسلمين ولهم أن يصرفوها الى من شاؤا ممن يعلمون أنه يقوم بها •

قاعدة ، اذا اسر الامام وتعذر على الناس الوصول الى اذنه جاز لهم نصب غيره وسقط عنهم حكم ولايته •

قاعدة ـ لا يشترط في القاضي أن يكون عربيا •

قاعدة ـ يقضي القاضي على الامير ، ويقضي له ، وان استفاد النظر منه •

قاعدة ـ ليس للقاضي أن يتصرف الا فيما يجوز للامام أن يتصرف فيه •

قاعدة ـ لاينقض قاضي اهل العدل من أحكام قضاة الخوارج[1] الا ما ينقض من أحكام غيرهم ، كل ذلك بشرط أن لايكون قاضيهم ممن يستبيح دماء اهل العدل وأموالهم وان يكون عدلا مجتهدا •

قاعدة ـ يشترط في الحاكم أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا ، مسلما عادلاً، غير متهم في الحكم •

قاعدة ـ يجوز أن تلي المرأة القضاء فيما يجوز أن تقبل شهادتها فيه ، وحدها أو مع الرجال ، ولا يجوز في الحدود والقصاص (أبو حنيفة) •

اخرى ـ يجوز أن تتولى المرأة القضاء في جميع ذلك (الخوارج) •

قاعدة ـ لاينبغي أن يولي القضاء الا الموثوق في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه (عن مختصر الطحاوي) •

قاعدة ـ لايولي الحكم الا رجل من أهل الاجتهاد (الروضة) ولا تنعقد ولاية العامي (الشافعي ومحمد بن الحسن عن الروضة) •

قاعدة ـ لا يشاور القاضي اذا نزل به المشكل الا أمينا عالماً بالكتاب والسنة والآثار وأقاويل الناس (أي الفقهاء) والقياس وانساب العرب (عن المزني) •

قاعدة ـ يولى القاضي من جهة الامام •

قاعدة ـ يشترط في الامام أن يكون ذكرا (وشذت الخوارج فأجازت امامة الانثى) •

---

(١) يراد بالخوارج في كتاب الروضة مايراد بالمحاربين في القانون الدولي العام المعاصر حين يكسب الثوار صفة المحاربين وذلك قياسا على فرقة الخوارج التى خرجت على الامام علي (س) •

قاعدة ـ اذا عزل الامام القاضي فأحكامه نافذة وقضاياه ماضية حتى يصله كتاب العزل وشهادة الرسول بذلك •

قاعدة ـ اذا ادعى على القاضي المعزول أنه ارتكب في قضائه السابق ظلما أو تعديا فالقول قول القاضي المعزول ولا يمين عليه •

قاعدة ـ اذا تظلم من القاضي المعزول متظلم ، وسأل القاضي المولى احضاره لم يحضره حتى يسأله عما بينهما •

قاعدة ـ اذا ادعى على القاضي المعزول أنه حكم بجور نظر في ذلك فان كان مما يسوغ فيه الاجتهاد أمضاه ، وان كان لايسوغ فيه الاجتهاد ابطله ، كما يبطل حكم نفسه اذا رده الاجماع •

قاعدة ـ خطأ القاضي على نوعين :

ماهو حقوق الله كالحدود فهو في بيت المال •

وما هو حق العبادة فذلك واقع على من حكم له به ، يغرم ذلك المقضي له، ولا شيء على القاضي فيه ، والمال اذا لم يقدر على رده ففيه غرم المثل ، والقيمة والدية • وان كان قائما بنفسه رده على صاحبه ، ولا غرم على القاضي •

في الثورة على الظلم

قاعدة ـ يسأل الامام الخوارج عما دعاهم الى الخروج فان ذكر شيء ظلموا فيه أنصفهم من الظلم ، والا دعاهم الى الرجوع الى الجماعة والدخول في طاعة الامام ، فان فعلت والا قوتلت •

في التحكيم

وفي التحكيم يمكن استخلاص القواعد الآتية :

قاعدة ـ يجوز أن يحكم الخصمان رجلا واحدا ، ويجوز أن يحكما رجلين فما زاد ولهما أن يخرجا الحكمين من الحكم •

قاعدة ـ لاينفذ الحكم من الحكم على غير الخصم الذي حكمه •

قاعدة ـ اذا حكم الحكم بشيء ثم رفع الى القاضي وكان موافقا للحق ورأيه أمضاه والا رده •

الختام:

والحاصل فان كتاب روضة القضاة جدير بعناية الجامعة والباحثين وبأن يتخذ مرجعاً للدرس في معاهد الدراسة العالية في الفقه الاسلامي والقانون لكن ما ذكرناه من مزاياه وفي سيرة مؤلفه ما يصلح نواة لمسرحية أو رواية سينمائية تمثل نقائض ذلك العصر ومظالمه ومآسيه والصراع بين القوى والطبقات .

ولحسن الحظ فقد عثرت في سفرتي الأخيرة الى الجمهورية التركية صيف سنة ١٩٦٧ على نسخ اخرى من كتاب الروضة في بعض مكتبات الاستانة فطلبت من مكتبة السليمانية تصويرها وسأواصل تحقيق هذا الكتاب ونشره باذن الله وتوفيقه ، وسأختار من بعد ذلك للنشر ما كتب عن القضاء في أهم مخطوطات الفقه التي لم تنشر لما تزخر به هذه الفصول من القواعد التي دبجتها براعة الفقه الاسلامي كالقاعدة التي قرأتها في مخطوطة شرح الزيادات للاوزجندي في مكتبة راغب باشا في الاستانة حيث جاء في باب الدعوى في هذه المخطوطة .

بني هذا الباب على أن القاضي مأمور بالنظر والاحتياط ، لانه نصب لدفع الظلم وايصال الحقوق الى أربابها فيحتاط لايفائها ويتحرز عن تعطيلها • ان هذه العبارة يمكن أن نستخلص منها القاعدة الآتية :

« القاضي مأمور بالنظر والاحتياط لارباب الحقوق والتحرز عن تعطيلها ودفع الظلم» •

وهذا شبيه بما تقرر في القواعد الوضعية أي في فقه الدساتير وقوانين السلطة القضائية والمرافعات من أن القاضي ممنوع من انكار العدالة بحجة عدم النص كالمادة (٣٠ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩) •

والخلاصة فنحن أمام تراث فقهي دستوري ، قضائي جدير بالعناية والنقد والتمحيص •

مراجع البحث

١ ـ الجواهر المضية

٢ ـ الفوائد البهية

٣ ـ كشاف مخطوطات الاوقاف •

٤ ـ طبقات الفقهاء لعلي القاري، • مخطوط الاوقاف

٥ ـ الكامل لابن الاثير

٦ ـ تاريخ بغداد للخطيب

٧ ـ طبقات الفقهاء للشيرازي

٨ ـ بروكل ١/٣٧٣ والذيل ٦٣٨

٩ ـ شرح الزيادات للاوز جندي • مخطوط في مكتبة راغب باشا في اسطنبول ومنه نسخة في مكتبة الاوقاف العراقية برقم ٤٠٥٠ •

١٠ـ شرح أدب القاضي لابي بكر الخصاف ولشارحه حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة الشهيد (ـ ٥٣٦) • منه نسخة خطية بمكتبة الاوقاف برقم ٣٥٠٥ •

١١ ـ لوازم القضاة والحكام في أصلاح أمور الانام لضحكي (مصطفى بن ميرزا بن محمد بن ياردم السيروزي ١٠٩٠ هـ) مخطوط بمكتبة الاوقاف برقم ٣٩٠٤ •

١٢ـ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام للطرابلسي القدسي (علاءالدين علي بن خليل) (٨٤٤٠ هـ) • طبع

١٣ـ معين الحكام على معرفة غوامض الاحكام للغزي الدمشقي (أبو الروح عيسى بن عثمان بن عيسى) (ـ ٧٩٩ هـ) مخطوط بمكتبة الاوقاف برقم ٣٦٦٨ •

١٤ـ نصوص وصكوك ووثائق شرعية من العهد العثماني مجموع رقمه ٣١٨١ (أوقاف) •

١٥ـ نصوص وصكوك ووثائق شرعية ومجالس ، مجموع رقمه ٣١٨٢ (أوقاف)•

١٦ ـ عماد الرضا بأدب القضا لزكريا الانصاري (ـ ٩١٠ هـ) مجموع رقمه ٣٢٠١ (أوقاف) ومجموع آخر رقمه ٣٢٢٣ •

١٧ـ رسالة في التناقض للملا محمد الحنفي مجموع رقمه ٣٣٣٨ (أوقاف)

١٨ـ أدب القضاء لابي يوسف • مخطوط مصور في مكتبة المجمع العلمي •

١٩ـ طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (تاج الدين أبو نصر عبدالوهاب بن علي الكافي تحقيق محمود الضاحي وعبدالفتاح محمد الحلو) •

٢٠ـ روضة الحكام وزينة الاحكام للقاضي أبي نصر شريح بن عبدالكريم بن الشيخ ابي العباس احمد الروياني المتوفى سنة ٥٠٥ هـ مخطوط بالمكتبة الظاهرية بدمشق رقمه ٢١٧٤ (فقه شافعي ٢٣٧) •

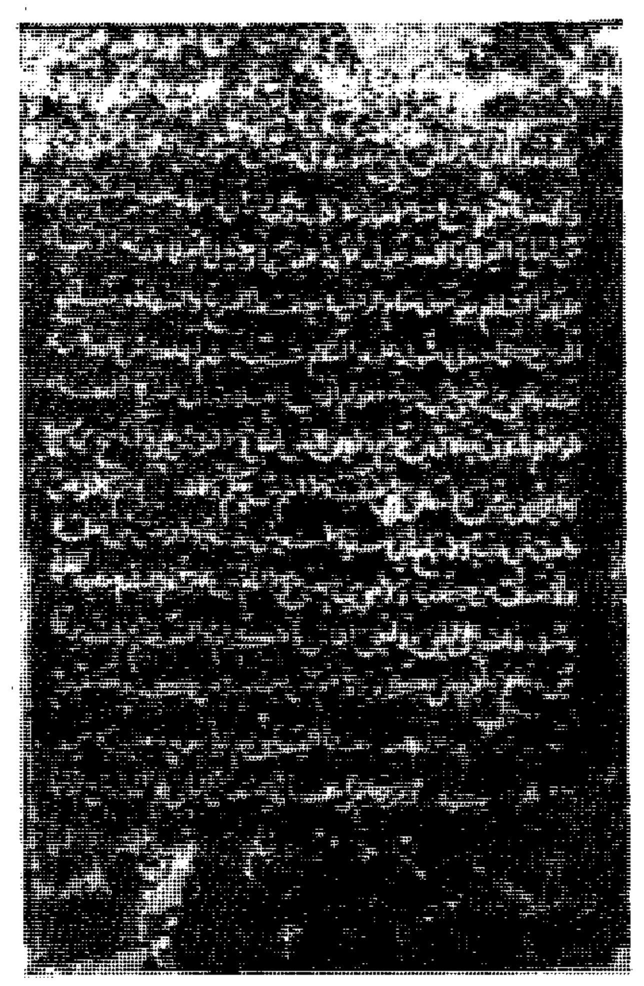
٢١ـ البداية والنهاية لابن كثير •

٢٢ـ أدب القاضي من الحاوي للماوردى (علي بن محمد بن جيب ـ ٤٥٠هـ) تحقيق محيي هلال السرحان •

٢٣ـ أسد الغابة في معرفة الصحابة •



صحيفة الغلاف من النسخة المعتمدة



اول صحيفة من النسخة المعتمدة

ملاحظتان

ملاحظة : ولا يفوتنا اخيرا ان نشير الى اننا اعتمدنا فى تحقيق روضة القضاة نسخة معهد المخطوطات العربية واشرنا في الهوامش الى ما ورد زائدا او مغايرا لها من نسختى منيخ وقليج علي باشا •

ملاحظة : لقد فاتني أن اشير الى ان كتاب روضة القضاة فى المحاضر والسجلات لمصطفى بن الشيخ محمد الرومي الحنفى الذى اشرنا اليه فى الصحيفة (١٧) ليس له كبير صلة بروضة السمنانى فقد اطلعنا على نسخة من روضة الشيخ محمد الرومي في المكتبة الملية بازمير في صيف سنة ١٩٦٩ فوجدنا ان مصنفها كان من قضاة الاناضول فجمع نماذج من الوثائق والصكوك اغلبها باللغة التركية ، ولعله لم يستعر من روضة السمناي سوى الصوان •

صورة ما جاء في الصحيفة الأولى

من مخطوطات الكتاب

كتاب أدب القاضي المسمى بروضة القضاة(١)

تأليف

الشيخ الإمام العلامة أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد

السمناني

تغمده الله تعالى برحمته

وهو بخط مؤلفه

وذكر فى آخر هذا الكتاب انه فرع من تأليفه صبيحة يوم الجمعة مستهل صفر الخير من سنة ثمان وسبعين واربعمائة .

قال عبدالقادر فى طبقات الحنفية : السمنانى بكسر السين المهملة وسكون الميم وفتح النون وفى آخرها نون اخرى ، نسبة الى سمنان مدينة من مدن قومس بين الدامغان وخوارزم .

انتهى من الكتاب المذكور بحروفه(٢) .

---

(١) في نسخة منيخ : كتاب روضة القضاة وطريق النجاة .

(٢) في نسخة منيخ : قرأ على قاضي القضاة أبي عبدالله الدامغانى الكبير ، وينقل عنه فى هذا الكتاب اشياء فى مواضع .. كما ذكره صاحب الكتائب في ترجمة ابى عبدالله الدامغانى الكبير .

مقدمة المصنف

بسم الله الرحمن الرحيم

نصر من الله وفتح قريب ، وما توفيقي الا بالله[١] ، الحمد لله الذي أمر الخلق بأتباع دينه ، وتصديق رسوله ، وامر بالاقتداء بأحكامه ، والاخذ بما سن[٢] وشرع من الاحكام في كتابه وعلى لسان رسوله[٣] عليه السلام من أتباع العلماء والاخذ[٤] بقول الائمة الفقهاء ، وجعل العلماء ورثة الانبياء عليهم السلام، يقومون مقام الرسل في حفظ الشرع ، والشهادة بتبليغ الدين ، كما جعل رسوله عليه السلام شهيدا عليهم « ليهلك من هلك عن بينة ويحيي من حي عن بينة»[٥].

فقوام الدين بالعلماء وثبات الشرع بالفقهاء ، فلولاهم لما عرف حلال من حرام ، ولا حق من باطل ، ولا أمر من نهي ، ولا ناسخ من منسوخ ، ولا مجمل من مبّين[٦] ولا مباح من سنة ، ولا سنة من بدعة ، ولا فرض من نفل ، ولا صدق من كذب ، ولا نبي من متنب ، ولا امام من أنام[٧] ، فهم صفوة الخلق، وشهود الله على الحق ، وأحق الناس بالاكرام والتعظيم ، فالله يرعى من رعاهم ويكرم من يكرمهم ويعظم من يعظمهم من كبير أو صغير [وجليل وحقير ، وحقه[٨] على فقهاء العصر من هم في نعمة يتقلبون ومن بحار جوده يغترفون وفي رياض احسانه[٩] يتمتعون ، الباني لهذه [١٠] المدرس ،

---

(١) في نسخة منيخ بدلا من ذلك : وبه الاعانة والتوفيق .
(٢) في نسخة منيخ : بما بين .
(٣) في نسخة منيخ : نبيه .
(٤) في نسخة منيخ : والاقتداء .
(٥) الانفال .
(٦) في نسخة منيخ بعد هذا : ولا مطلق من مقيد ولا اسم من حكم ولا حد من رسم ولا واجب من ندب .
(٧) في النسختين الاخريين : من غير امام .
(٨) في نسخة منيخ : وحفظ .
(٩) في نسخة منيخ : جوده .
(١٠) في نسخة منيخ : لهم .

والذاب عنهم فى المجالس والمكرم لهم عند السلطان ، والمقرب لهم فى كل مكان صدر الاسلام والمسلمين][١] نظام لملك وقوام[٢] الدين العادل العالم المنصور المظفر الذي من اسمه تشتق الاسماء ، ومن افعاله تتلقب[٣] ومن طهارته تقدم وهو أبو علي الحسن[٧] بن علي بن اسحق رضّي أمير المؤمنين رضى الله عنه[٥] واعلا ذكره .

ولما كانت نعمه عندي جسيمة وأياديه عظيمة ، أحببت أن أودع ذكره كتابا يحتاج اليه العلماء والمتعلمون ، والخاصة والعامة ، ولا يستغني عنه في أدب الفقه على جميع مذهب الفقهاء ، القبه من لقبه وأرسمه[٦] من أدبه ، وأودعه من نقول [٧] علمه .

اسمه روضة القضاة وطريق النجاة ، الناظم للشرع والمقيم للدين ، أودعه مالا يوجد لاحد تقدم من العلماء فى كتاب فى هذا الشأن ، فقد صنف فى ذلك كتب كثيرة كالذي صنفه الخصاف والطحاوي ، والاصطخري ، ومحمد بن الحسن [الشيباني] وسائر شروح الضالعين [٨] فمنهم من أطال ، ومنهم من قصر ، ومنهم من قدم مالا يحتاج اليه ، ومنهم من أخر ، ولم يرتب الابواب ولا عقد الفصول ، ولا كشف قناع العلم ولا أتى بما يحتاج اليه على نمط الحاجة .

وكتابي هذا يشتمل على ذكر القاضي وصفته التي يكون عليها ، وما يتعلق[٩] بجانب القاضى ، وذكر المقضي له ، وذكر المقضي عليه ، وذكر ما يقع

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج علي باشا ونسخة منيخ .
(٢) فى نسخة منيخ : قوام الدين .
(٣) كذا أيضا في نسخة منيخ ولعلها تتلقف .
(٤) في نسخة منيخ : الحسين .
(٥) في النسختين بعد ذلك : واعز نصره .
(٦) فى نسخة قليج علي باشا : ومنيخ : اسمه .
(٧) فى نسخة قليج علي باشا : وميخ : فنون .
(٨) فى النسختين : شيوخ الطائفتين .
(٩) في نسخة منيخ : مما .

[القضاء به][1] من الامور كالبينة وعلم القاضي وما يمنعه[2] وذكر ما يقضي بـه[3] وذكر مايجوز أن يقضي به مالا يجوز أن يقضي به ، وذكر الازمان والامكنة في القضايا والشهادات[4] مما[5] لا يوجد لاحد قد جمعه في كتاب لجميع من تقدم من العلماء فأما من تأخر فلا علم لنا به ، وبما يكون منه .

وأنا أرتب أولا عدد الابواب في كل فصل ثم أرجع واشرح الحال في كل باب[6] ، واستوفي مافيه من الفصول ، وأحكي في كل فصل ما هو متفق عليه ، وما هو مختلف ، وما يجب أن يفعل في المنازعات والدعاوى والبينات والايمان وكيفيتها ، والنكول وكيفيته ومواضعه ، وسائر مايتبع ذلك . وأنا اسأل الله تعالى تسهيل هذا الذي قصدت اليه ، وتيسيره علّي والتوفيق والتسديد وأن يصلى على محمد النبي وآله وأصحابه ، ويرحم جميع العلماء من جميع أمته ، آمين رب العالمين .

---

(١) من النسختين الاخريين .
(٢) في نسخة منيخ : وما يتبعه .
(٣) في النسختين : وذكر صفة المقضى به .
(٤) في نسخة منيخ : وتواريخ الشهادات
(٥) في نسخة منيخ : ما .
(٦) في نسخة منيخ : واشرح الباب في كل حال .

تعداد موضوعات الكتاب

باب صفات القاضي وشروطه

وهذا باب ما يختص بالقاضي من الصفات والشروط والأحكام

وهو يشتمل على أبواب وفصول :ـ

منها اعتبار الذكورية •

ومنها البلوغ •

ومنها العقل •

ومنها اعتبار الحرية •

ومنها الاسلام •

ومنها اعتبار الورع مع الاسلام •

ومنها اعتبار العدالة •

ومنها اعتبار العلم ، وشروطه وحد الاجتهاد •

ومنها صفة المولى[١] وما يجب عليه من الشروط •

ومنها كيفية الولاية « للقضاء » •

ومنها مايشترك فيها الوالي [والمولى] •

ومنها ولاية الخوارج للقضاء وما قيل في ذلك •

ومنها اذا « حكم » الرجلان حكما •

ومنها جواز الدخول في القضاء وذمه وجواز [أخذ الرزق على] القضاء وحكم الرشوة عليه ، ومهنا « احوال » القاضى التى يقضي فيها وما يتفرع عليها، ومنها دخول البلد الذي وليه ، وما يفعله وما يستحب له ويكره ، وفصول ذلك•

ومنها كيفية جلوسه وأحواله والمكان الذي يقضي فيه « وما يكره له ويستحب ويقضي به » •

ومنها قبض ديوان الحكم وتسلمه •

---

(١) في نسخة منيخ : المولى للقضاء وما يجب عليه من الشروط •

باب أعوان القضاء

ومنها ذكر كاتب القاضي وما ينبغي أن يكون عليه من الصفات .
ومنها ذكر حاجب القاضي .
ومنها ذكر وكلاء القاضي وما يجب عليهم .
ومنها ذكر أعوان القاضي وأتباعه والمحضرين .
ومنها ذكر أصحاب مسائله عن الشهود .
ومنها ذكر صاحب الحبس الذي يكون عليه .
ومنها ذكر بوّاب القاضي وما يجب عليه .
ومنها ذكر الجلواز[1] بين يديه وفي مجلسه .

باب سلطة القاضي

ومنها جواز النيابة عنه فى الحكم .
ومنها وقوف الحكم على اجازته .
ومنها مايبطل ولاية القاضي .
ومنها موت القاضي والامام .
ومنها عزل القاضي وخلع الامام .

ومنها معاملة القاضي والامام في ماله ومال غيره ويدخل في هذه الجملة فصول كثيرة وخلاف كثير ومسائل جمة ، تراها في هذه الابواب ان شاء الله .

فهذه الابواب جملة مايقع «الكلام» فيها فى القاضىوطريق ولايتهواحواله.

باب المقضي له

فأما الكلام في المقضي له ، وهو المدعي فهو على[2] أبواب منهـا من المدعي والصفة التى يكون عليها ومنها جواز العدوى بقبول المدعي .

(١) الجلواز ههنا بمعنى الشرطى القضائى .
(٢) في نسخة منيخ : فيشتمل على .

ومنها الموضع الذي يعدى[1] القاضي عـلى الخصـــم ، ومنها كيفية احضار الخصم الى القاضي •

ومنها العذر الذي يسقط الحضور •

ومنها ذكر الامتناع عن الحضور الى القاضي •

ومنها ذكر دعوى النساء والدعوى عليهن •

ومنها دعوى العبد والمكاتب ومن فيه رق •

ومنها دعوى الغير عن الغير ، ويشتمل على أبواب :

منها دعوى الولي للصغير •

ومنها دعوى الوكيل لغيره •

ومنها دعوى الامين •

ومنها دعوى الوصي لليتيم والميت •

ومنها دعوى الشريك والدعوى عليه •

ومنها دعوى المضارب والدعوى عليه •

ومنها دعوى المولى عن العبد •

ويدخل في هذه الجملة فصول كثيرة ومسائل جمة سنراها عند التفصيل في ذكر مايجوز القضاء فيه ، وما لايجوز •

باب المقضي عليه

فأما الكلام في ذكر المقضي عليه وهو المدعى عليه فيشتمل على أبواب :

منها ذكر أحوال المدعى عليه •

وصفاته التي يكون عليها •

ومنها ذكر القضاء على الحاضر •

ومنها جواز القضاء على الغائب •

---

(١) نسخة منيخ : الدعوى والصواب ما أثبتناه من النسخة المعتمدة والعـدوى طلبك الى وال ليعديك على من ظلمك أي ينتقم منه يقال استعديت الامير على فلان فاعداني أي استعنت به عليه فأعانني • والاسم منه العدوى وهـــي المعونة (مختار الصحاح) •

ومنها ذكر القضاء على الميت •

ومنها كيفية القضاء على الورثة •

ومنها ذكر القضاء على من هرب من الحضور وتغيب ويدخل في هـــذه الجملة فصول كثيرة ومسائل جمة نراها في مواضعها •

باب ما يقع القضاء به

فأما الكلام فيما يقع القضاء به من الامور كالبينة وعلم القاضي والاقـــرار والايمان فيشتمل على جملة من الابواب نحن نرتبها ونقسمها •

منها الكلام في الشهود •

ومنها الكلام في عدد الشهود •

ومنها الكلام في صفة الشهود •

ومنها مايقبل فيه شهادة النساء خاصة •

ومنها الموضع الذي يعتبر فيه قول الرجال خاصة •

ومنها الموضع الذي تقبل فيه شهادة الرجال والنساء •

ومنها ماتقبل فيه شهادة العبد •

ومنها ما يقبل فيه من ظاهره العدالة •

ومنها مايقبل فيه قول الناس ويصح به •

ومنها ذكر الشاهد واليمين وما يقضي به فيه •

ومنها مايقبل فيه[1] الاستفاضة •

ومنها الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها • والتزكية وشروطها وطريقهـــا •

ومنها ماترد به شهادة الشاهد •

ومنها ذكر الشهادة على الشهادة •

ومنها الموضع الذي يقبل ذلك فيه •

---

(١) في نسخة منيخ : وذكر مايقبل فيه •

ومنها عدد شهود الفرع في موضع قبولها ، ومما يلحق بذلك النكول عن الأيمان اذا وجهت اليمين •

ومنها الموضع الذي يقضي فيه بالنكول •

ومنها كيفية القضاء بالنكول وفصوله •

ومنها اليمين وما يجب في معرفتها •

ومنها صفة اليمين وكيف يحلف •

ومنها مالا يجب فيه اليمين وما لايحلف عليه[١] •

ومنها الموضع الذي يحلف فيه على البت[٢] والعلم •

ومنها رد اليمين ، والموضع الذي ترد[٣] فيه •

ومنها اقامة البينة بعد اليمين •

ومنها الرجوع عن الشهادة وفصول ذلك ومسائله •

ومنها علم القاضي وما يجوز أن يقضي فيه بعلمه ومالا يقضي فيه •

وتشتمل هذه الجملة على مسائل كثيرة •

ومن ذلك مكاتبة القاضي الى آخر ، وما ينبغي أن يكتب وما لايكتب وفصول ذلك •

باب المقضي فيه

فأما الكلام في المقضي فيه فيشتمل على أبواب كثيرة ومعان جمة منها اقوال ومنها أفعال ، فأما الاقوال فيقع القضاء فيها بما يلزمه[٤] تملك المال ، ومنها ما يلزمه[٥] عقوبة ، فالاول العقود كلها ، والاقرارات والايقاعات [٦] وكل ما طريق ثبوته القول •

---

(١) في نسخة منيخ : فيه •
(٢) البت : القطع •
(٣) في نسخة منيخ : لا رد •
(٤) فى نسخة منيخ : يتبعه •
(٥) فى نسخة منيخ : يتبعه •
(٦) فى نسخة منيخ : (والايقات) وهو غلط •

ونحن نرتب هذه الأبواب والكتب على هذا النحو ، بخلاف ترتيب الكتب في الخلاف والمذهب[1] ، ونبين تعلق بعضها ببعض فنبدأ بما طريقه القول الى العقود والاقرارات فاول ذلك النوع : الرهن والتفليس ، الحجر ، الضمان والكفالة ، الحوالة ، الاجارة ، المزارعة ، المساقاة ، الهبة ، العارية احياء الموات • الشركة • المضاربة ، المأذون ، الوديعة ، الوكالة ، الوصية ، الاقرار • الصلح • الوقف• القسمة ، الشفعة ، النكاح، الصداق ، القسم ، الرضاع • الخلع • الطلاق • الرجعة[2] ، الايلاء ، الظهار ، اللعان ، النفقات ، العتاق • المكاتبة • التدبير • الاستيلاد • الايمان • الجنايات[3] قتال أهل البغي ، المرتد ، الصول ، السيرة ، الغنيمة ، الغصب ، الاكراه • الحدود • الزنا والقذف • السرقة وقطاع الطرق• الاشربة والاطعمة والضحايا والصيد ، والذبائح والسبق ، والرمي ، اللقطة ، اللقيط • المواريث • أبواب شتى مختلفة الوضع[4] ، وباب يذكر فيه من ولي القضاء الى هذا الوقت •

فهذا ترتيب الكتب ••

وأنت تجد في كل كتاب من المسائل والابواب والفصول مالا تجده في غير هذا الكتاب مجموعا ، ونحن نبتدىء بما رتبنا أولا فأولا ، ونسوق الخلاف والوفاق الواقع فيه إن شاء الله « تعالى » •

---

(١) يقصد بالخلاف كتب علم الخلاف وبالمذهب مذهبه هو أي المذهب الحنفي •

(٢) في نسخة منيخ : العدد ، الرجعة •

(٣) في نسخة منيخ : وأما الافعال (فتشمل) الجنايات والديات •

(٤) تختلف النسخ جميعها في ترتيب هذه الموضوعات •

الكتاب الأول

التنظيم القضائي

١ ـ صفات القاضي وشروطه

١ ـ اعلم ان الكلام في هذا الباب يجب أن نعلم أولا ان تسمية القاضي بهذا الاسم هل هو مثل اسم الحاكم ؟ وهل هو اسم مدح أو فيه ذم ؟ وهل يستوي الاسمان في المعنى أم لا ؟

٢ ـ فالقضاء[١] فعل اشتق منه لفاعله اسم ، وكذلك الحكم[٢] .

٣ ـ وقد اضاف الله تعالى القضاء اليه في القرآن على وجوه فقال :
« وقضى ربك أن لاتعبدوا الا اياه »[٣] .

---

(١) القضاء لغة الاتقان والاحكام وهو في الشرع فصل الخصومات (تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٧٥). وفى كتاب سبل السلام للصنعانى ان القضاء فى الشرع هو الولاية المعروفة ، وهو فى اللغة مشترك بين احكام الشيء والفراغ منه ، ومنه فقضاهن سبع سموات ، وبمعنى امضاء الامر ، ومنه وقضينا الى بنى اسرائيل ، وبمعنى الحتم والالزام ، ومنه وقضى ربك الا تعبدوا الا أياه. وفى الشرع الزام ذى الولاية بعد الترافع ، وقيل هو الاكراه بحكم الشرع فى الوقائع الخاصة لمعين او جهة ، والمراد بالجهة كالحكم لبيت المال أو عليه . (سبل السلام ٤/١١٥) .

(٢) الحكم : القضاء ، وقد حكم بينهم يحكم بالضم حكما . وحكم له وحكم عليه. والحكم أيضا الحكمة من العلم ، والحكم بفتحتين الحاكم ، وحكمه فى ماله تحكيما اذا جعل اليه الحكم فيه ، فاحتكم عليه فى ذلك واحتكموا الى الحاكم وتحاكموا بمعنى . والمحاكمة المخاصمة الى الحاكم (مختار الصحاح) .
والحاكم نائب عن الله في أرضه ، في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ، ودفع الظلم عن العباد ، والامر بالمعروف والنهى عن المنكر (تبيين الحقائق للزيلعى ٤/١٧٥) .

(٣) بنو اسرائيل (٢٣) وقضى ههنا بمعنى أمر (تفسير غريب القران لابن قتيبة) وتأويل مشكل القران له أيضا ، ٣٤٢ .

قيل ان معنى ذلك أنه أمر .

وقال :

« فقضاهن سبع سموات في يومين »[1] .

قيل خلق .

وقال :

« والله يقضي بالحق »[2] .

يعني يحكم .

وقال :

« وقضينا الى بني اسرائيل في الكتاب »[3] .

قيل اعلمهم بأضافة القضاء الى نفسه ، وتمدح بهذا الاسم وذكره في عدة مواضع مضافا اليه ، وقد اضاف الحكم اليه فقال :

« والله يحكم لا معقب لحكمه »[3] .

وأمر أنبياءه عليهم السلام بالحكم بما أنزل ، ونهاهم عن الهوى وأمر باتباع ما في التوراة والانجيل ، وحث نبيه على الحكم بما أنزل اليه ، وجعل ذلك مهيمنا على ما أنزل على غيره فقال :

« وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع اهوائهم واحذرهم ان يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك [5] .

وقال :

« لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا »[6] .

٤ ــ وقد اختلف الناس في ان اسم القاضي اشرف من الحاكم ام هما سواء ؟

---

(١) السجدة ١٢ .

(٢) الرعد (٤٣) .

(٣) المائدة .

(٤) (المائدة ٥١) .

فمنهم من قال :
إن اسم القاضي أشرف في اللغة .
ومنهم قال بالعكس من هذا .
ومنهم من قال هما سيان ، ولهذا اضافهما الله تعالى اليه على سواء .
ورأيت كثيراً من القضاة يكره أن يخاطب بالحاكم ويانس في القاضي .
وكان شيخنا قاضي القضاة أبو عبدالله رحمه الله يبتذل أبداً هذا الاسم يعني الحاكم ويلح على الخطاب بالقاضي ، ولا أعلم هل قرأ ما صنف في الفرق بينهما أم لا ، او يقوله شهوة ولا شك أنه اسم مدح .

شرف رتبة القضاء

٥ ـ والقضاء رتبة شريفة ، ومنزلة رفيعة لا منزلة فوقها من المنازل، ولا رتبة أوفا منها اذا اجتمعت شرائطها وحصل في القاضي ما يفتقر اليه من الخصال ، لانها التي تولاها الله تعالى بنفسه ، وبعث بها رسله عليهم السلام ، وتولاها رسوله صلى الله عليه ، وقام بها ائمة العدل بعده ، فينبغي لمن يملك الولاية أن يختار لهذه الرتبة من لايقدر العالم على أصلح منه ولا افضل ، ولا اكمل ، كما اختار الله تعالى لرسالته صفوة كل عالم ورئيس كل جيل وافضل اهل كل زمان ، كما قال تعالى :
ولقد اخترناهم على علم على العالمين[١] .
وقال تعالى :
الله اعلم حيث يجعل رسالاته[٢] .
وقال تعالى :
الله يصطفي من الملائكة رسلا ومن الناس[٤]
وقـــال :

---

(٢) الدخان ٣٢ .
(١) المائدة ١٢٤ .

اولئك الذين هداهم الله[1] •

وقـــال :

انا اخلصناهم بخالصة ذكرى الدار ، وانهم عندنا لمن المصطفين الاخيار[2] •

وقـــال :

كل من الاخيار[3] •

٦ ـ فلا ينبغي أن يختار الا من يغلب على الظن انه أوفى مختار ، واكمـل انســـان •

شرائط تولي القضاء

٧ ـ فمن الشرائط التي لابد منها في الحاكم أن توجد : أن يكون ذكـرا بالغا ، ويكون عاقلا ، لان بالبلوغ يخرج من الصبا وبالعقل يصير مكلفا • لان من ليس بعاقل فهو مولى عليه كالمجنون والصغير •

٨ ـ ومنها أن يكون حرا ، لان العبد مملوك المنافع[4] ، يتصرف فيه بالعقود ويمنع من التصرف في الامور ، فمن لايملك التصرف في نفسه فكيف يتصـــرف في غيره ؟

وهذه الجملة لا خلاف فيها نعلمه[5] •

٩ ـ ومنها أن يكون مسلما ، لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ولان الكافر لا يلي على المسلم •

---

(١) طه ٧٥ •

(٢) ٤٦ ص

(٣) من سورة (ص) وتمـام الاية « واذكر اسماعيل واليسـع وذا الكفل ، وكل من الاخيار » •

(٤) هذا معناه انالرق فى الفقه الاسلاميقاصر على ملكية منافعالعبد دونآدميته فهو لايعد مالا كسائر الاموال •

(٥) سيستدرك بعد ذلك الخلاف فى مسألة جواز تولية المرأة القضاء •

١٠ ـ ومنها أن يكون عدلا ، لان الفاسق لايقبل قوله[1] ، وقد أمر اللـه بالتوقف في قوله ، بقوله :

« يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة »[2]

ولانه متهم في الحكم لئلا يجور[3] .

١١ ـ واختلف في جواز ولاية النساء للقضاءوالحكم ، فقال أبو حنيفـة وسائر أصحابه : يجوز ان يلين القضاء فيما يجوز أن تقبل شهادتهن فيه وحدهن أو مع الرجال ، ولا يجوز في الحدود والقصاص لان شهادتهن لاتقبل في ذلك .

١٢ ـ وقال الخوارج يجوز ذلك في الجميع .

١٣ ـ وقال الشافعي ومالك وغيرهما من الفقهاء لا مدخل للنساء في ولاية القضاء والحكم بحال .

١٤ ـ فأبو حنيفة جعل قضاءها بمنزلة شهادتها . قال : وقبول قولها في الشهادة على غيرها كقبول حكمها على غيرها لان في الشهادة معنى الولاية .

والشافعي يقول : لو جاز قضاؤها في الاموال لجاز في الحدود والقصـاص كالرجل ، ولجاز أن تكون اماما للجماعة .

وقيل له : الحدود لاتقبل شهادتها فيها . ويجوز أن يقضي من لا يكـون اماما كغير قريش من الناس .

---

(١) ماذكره السمناني من كون الفاسق لايصلح قاضيا هو ماروى عن علمـاء الحنفية الثلاثة في النوادر كما جاء في تبيين الحقائق للزيلعي . ولكن هـذه الرواية ليست هي الظاهر من المذهب الحنفي ففي الكنز أن الفاسق اهـل للقضاء كما هو اهل للشهادة الا أنه لاينبغي أن يقلد ، ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة لاينعزل ، ويستحق العزل ، واذا أخذ القضاء بالرشوة لايصير قاضيا (٤/١٧٥ منه) . وفي تبيين الحقائق (٤/١٧٥) «قـال بعض مشايخنا : اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسـق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها . ومهما يكن فالعدالة في الفقه الحنفي هي من شروط الاولوية . وقال الشافعي لايجوز الا أن يكون عدلا مأمونا»

(٢) السورة ٤٩ الاية ٦ .

(٣) في نسخة قليج (فلا يجوز) .

فصـــل

١٥ ـ واجمعوا على أنها يجوز أن تكون وصيا ووكيلا وقاسما وأمينا وانها كالرجل في سائر العقود والحدود وانها اولى من الرجل بالحضانة والتربية ، وانها يقبل قولها فيما لايطلع عليه الرجال ولا يقبل قول الرجال في ذلك • واختلفوا في ولاية النكاح ، وسيأتي ذلك في باب النكاح انشاء الله « تعالى» والحمد لله وحده» •

باب اعتبار العلم في القاضي وما يذكر في ذلك وشروطه وحد الاجتهاد

١٦ـ اعلم أنه لايكفي ان يكون القاضي بالغا عاقلا صالحا ورعا حرا مسلما عدلا له تمييز ورأي في ولايته ، حتى يكون عالما لان العلم للقاضي كالالة بالنسبة لسائر الصناع •

أنواع العلوم الشرعية

١٧ـ والعلم علمان :ـ

علم الاصول وعلم الفروع •

١٨ـ فعلم الاصول هو علم التوحيد وما يجوز على الله تعالى وما لا يجوز عليه، وعلم النبوات ونسخ الشرائع واقامة الدلائل على ذلك ، وابطال أقوال مخالفي الملة والقائلين بنفي الصانع والطبائع والناسخ، والفرق بين المعجزة والشعبذة ،وطريق هذا العلم انما هو سلامة الحواس ، وكمال العقل والتفكر في الموجودات ، ومتى اختل طريق معرفتها أو دخل في ذلك لبس لم يحصل للانسان علم بذلك • ولهذا اتفقت الشرائع كلها في ذلك ولم يختلف فيها التكليف بل سوى فيها بين الرسول والمرسل اليه ، والحر والعبد ، والذكر والانثى ، والعامة والعلماء ، واستوى في ذلك التعبد في سائر الازمان ، وليس الغرض ذكر أنواع العلوم العقلية ولا قسمتها ولا حد الضرورى منها والمكتسب وغير ذلك فلم نذكره لك •

١٩ـ والعلم الثاني هو علم الشرع ، وما تقرر فيه من الاحكام ، واختلف فيه من التكليف بين المسافر والمقيم ، والمريض والصحيح ، والحامل والحائل والحائض والطاهرة والذكر والانثى ، والحر والعبد ، والصغير والكبير ، والعاقل والمجنون، والمكره والطائع ، والذاكر والناسي ، والقاصد[١] والهازل ، ومختلف الاحكام باختلاف احوال الانسان ، ويجوز عنه النيابة في بعضها وفي بعضها لايجوز ، وفي بعضها يلزم الحكم لغير الفاعل ولايلزم الفاعل ، وفى بعضها يشتركان، وفى بعضها لايجب شيء أصلا ، وفي بعضها يستوفي المثل وفي بعضها تستوفى القيمة .

ما يجب أن يكون عليه علم القاضي

٢٠ـ فالقاضي يجب أن يكون عارفا بجميع الاحكام من الشرعيات حتى اذا ارتفع اليه في قضية عمل في قضائها[٢] وبت حكمها ، مما هو مشروع في ذلك ، أما من اجماع أو خلاف ، ولا سبيل له الى العلم بذلك الا بطريق يوصل اليه ، والطريق له الى ذلك بعد سلامة الحواس وكمال العقل أن يكون عارفا بكلام أهل اللغة ، ومعاني كلامهم ، أو في حكم العالم بذلك ، وهذا يقتضى أن يعلم أولا ان الكلام هل هو توفيق أو ايقاف مصطلح عليه ، أو بعضه توفيق وبعضه اصطلاح، ويعرف الحقيقة والمجاز[٣] في لغة العرب ، ويعرف هل نقلت الاسماء الى الشرع ، أم هي مبقاة على ماكانت عليه في اللغة . ويعرف بعد ذلك الاوامر والنواهي ، ويميز بين ذلك بما وضع للتمييز بينها ، ويعرف العموم والخصوص وما يشتملان عليه من الاحكام ، كما يعرف أنواع الامر والنهي ومسائلهما .

---

(١) فى نسخة منيخ (والفاضل) ولا محل لها اذ يختل نسق الجملة معها ، وتقابل الاضداد والمراد بالقاصد من له قصد صحيح الى ما يوقعه من التصرفات والعقود فهو بذلك يقابل الهازل والمكره .

(٢) في نسخة منيخ : (في فصلها) .

(٣) المجاز : خلاف الحقيقة ولا يصار الى القول به الا اذا تعذر أعمال الحقيقة (أنظر فى الحقيقة والمجاز كتاب الاحكام فى أصول الاحكام للامدى : سيف الدين ابي الحسن علي بن ابى علي بن محمد ـ ط القاهرة ج١ ص٢٧ ومابعدها)

ويعرف المجمل والمبين وحدهما وما يتعلق بهما من المسائل المتفق عليهـــا والمختلف فيها ، ويعرف المطلق والمقيد ، وما يقيد الكلام وحدهما ويعرف الاستثناء في الكلام ، والصفات الداخلة عليه • ويعرف الناسخ والمنسوخ ، وما يجوز نسخه ومالا يجوز من الاحكام ، وما يجوز نسخ حكمه وتبقية رسمه ، ومالا يجوز من ذلك • ويعرف الاخبار التي هي الطريق الى معرفة هذه الجملة وتفصيل احكـام الاخبار وأنواعها ومسائلها • ويعرف الاجماع وحدّه ومسائله ، وماهو حجة فيه، وما ليس بحجة منه ، ويعرف بعد ذلك الافعال وأحكامها وتفاصيلها «واقسامها» ، ويعرف القياس وحدّه ومسائله وابوابه وفروعه وشروطه •

ويعرف بعد ذلك صفة المفتى «التي ينبغي أن يكون عليها حتى تصح فتواه ويعرف بعد ذلك صفه المستفتى» وما يجوز أن يفتيه به ويبينه له •

ويعرف بعد ذلك الحظر والاباحة ليحكم لكل فعل بما يجب ، ولكل قول بما يلزم •

وسنبين فيما بعد تفصيل هذه الابواب عند ذكر صفة المجتهد والوالي والمولى•

٢١ـ فاذا كان القاضي جاهلا بهذه الجملة فجهله بالتفصيل اعظم ، والبلية به أشد ، لاسيما اذا اختصما في المعاملات والمواريث والمسائل المشكلة في الفروع التي يتجاذبها شبه الاصول •

٢٢ـ وقد قال النبي عليه السلام لمعاذ بن جبل بماذا تحكم اذا ارتفع اليك الخصمان •فقال :

ـ بكتاب الله •

فقـــال :

ـ فان لم تجد في الكتاب ؟

فقـــال :

ـ اطلبه في السنة •

قـال :

فأن لم تجد ؟

قــال :

ـ أجتهد رأيي ولا آلو[1] •

فقال عليه السلام :

« الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله »[2]

فذكر وجوه الحكم •

فمن لايعرف الكتاب وما فيه ، ولا السنة وما فيها ولا الاجتهاد وما فيــه فبأي شيء يحكم ؟ والى أي قول يذهب

٢٣ـ وقد كانت الصحابة رضى الله عنهم لا يولون الاحكام جاهلا ولا فاسقا ولا ماجنا ولا من طعن عليه في دين أو دنيا •

٢٤ـ وكان بنو أمية ينادون في الموسم : لايفتي أحد بمكة غير عطاء بن أبي رباح[3] لانه كان « القدوة » في زمانه •

وفي المدينة مالك بن أنس •

٢٥ـ واذا نظر الى قضاة الصحابة والتابعين رضى الله عنهم رأيت العجب، ولهذه الجملة لابد من ذكر من ولي القضاء في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبعده في باب اختتم به الكتاب إن شاء الله تعالى في فصل أحكى فيه الفاظ المصنفين في هذا الباب (و) ماقالوا على جملتها من غير تحريف ، ثم احكى الخلاف بعد ذلك من اين دخل عليهم ، والشبهة من أي وجه عرضت :

٢٦ ـ فحكى الطحاوي في مختصره[4] من غير خلاف ذكره انه قال :

---

(١)

(٢) تلخيص الحبير رقم ٢٠٧٦ وذخائر المواريث رقم ٦٢٩٨ •

(٣) من فقهاء التابعين واسم أبي رباح اسلم ، وكان مفلفل الشعر اسود افطس أشل اعور ثم عمي ، وكان مولى فهر أو جمح • مات سنة ١١٤/١٥ هـ وهو ابن ثمان وثمانين ، وكان من اجلاء الفقهاء •

قال ابراهيم بن عمر بن كيسان ان بني أمية كانوا يأمرون بالحج صائحــا يصيح :

لايفتي الناس الا عطاء بن أبي رباح • (طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤٤) •

(٤) ص ٣٣٢ من مختصر الطحاوي •

ولا يولى القضاء[1] الا الموثوق به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه ، ولا يولى صاحب رأي لا علم له بالسنة والاحاديث ولا صاحب حديث ليس له علم بالفقه ، ولا ينبغي[2] أن يفتي الا من كان هكذا ، الا أن يفتي بشيء قد سمعه .

فصل

٢٧ ـ ومن أصحابنا من قال لا يولى الحكم الا رجل من اهل الاجتهاد[3] ولا يكون مجتهدا الا أن يعرف اصول الاحكام التي يجتهد فيها ، وهي الكتاب والسنة والاجماع والقياس والاستدلال ، ولا يمكنه علم هذه الاصول ولا الاستدلال بها وان كانت معلومة للناظر فيها الا أن يكون قد علمها على وجه مخصوص ، أو يكون في حكم العالم بها على هذا الوجه ، وهو أن يعلم انها ثابتة على وجه يجب أن يقيس عليها ويستدل بها ، لانه اذا لم يعلم ذلك لم يكن له أن يقيس عليها ويستدل بها لان مالا يعلم ثبوته لا يقاس عليه ولا يستدل به .

قال : وهذا القدر ، يغنى عن أن يقول لابد للقائس أو المستدل بهذه الاصول على الاجتهاد أن يكون عالما بالناسخ والمنسوخ والخاص والعام والحقيقة والمجاز ، والمحكم والمتشابه ، وجميع ماعددنا فيما تقدم ، لانه لايكون عالما بشيء من ذلك حتى يعلم جميع الاقسام المتقدمة . لانه اذا لم يعلم الناسخ لم يمكنه أن يعرف الحكم الطارىء الذي هو ثابت في الشرع .

٢٨ـ وقد طول الجماعة الكلام في ذلك ، واخصر مايمكن أن يقال أن يكون عارفا بالخطاب[4] وما يتفرع عليه ويستفاد به ، والافعال وما يتفرع عليها ويستفاد حكمه بها ، أو يرجع الى هذين الاصلين . فهذا اخصر مايمكن . ويدخل فيه جميع ماذكرناه (والحمد لله) .

---

(١) فى المختصر المطبوع : ولا ينبغى أن يولى القضاء .

(٢) أصل العبارة فى المخطوطة المعتمدة : ولا ينبغي له وما ذكرناه موافق لما فى نسخة منيخ .

(٣) في الكنز ان الاجتهاد شرط الاولوية ٤/١٧٦ منه .

(٤) أى خطاب الشارع في المصطلح الاسلامي والقاعدة القانونية في المصطلح الحديث في الفقه الغربي .

فصـــل

٢٩ـ والمحكى فى الخلاف عن اصحابنا أنه يجوز أن يكون القاضى عاميا ، ويرجع الى أهل العلم فيعلم بما يفتون به ، لان الخصاف قال في أدب القضاء :

« وان كان القاضي لاتمييز له بعد ذكره لما يقضي به ، وتفضيله بما سنذكره فيما بعد ان شاء الله فأخذ بقول الفقيه رجونا أن لايكون عليه شيء»[١] .

٣٠ـ وقال الشافعي وغيره من العلماء وهو قول محمد بن الحسن : لاتنعقد ولاية العامي ، ولا يجوز لاحد أن يستفتي غيره ويحكم به على غيره . وليس ذلك لاحد بعد النبي صلى الله عليه وسلم .

٣١ـ قال في كتاب المزني[٢] في أول باب : « ولا يشاور اذا نزل به المشكل الا أمينا عالما بالكتاب والسنة والآثار واقاويل الناس[٣] والقياس ولسان العـــرب ولا يقبل وان كان أعلم منه حتى يعلم كعلمه ان ذلك لازم له ، من حيث لم يختلف فيه الرواة ، أو بدلالة عليه أو انه يحتمل وجها اظهر منه ، فاما ان يقلده فلم

---

(١) جاء فى مخطوطة أدب القاضى للخصاف مما علق عن أبى بكر احمد بن علي الرازى (ج١ ص٦) « قال : واذا اشكل عليه شيء فشاور في ذلك رجـــلا فقيها واحدا ، فهو في سعة أن يأخذ بقوله ، اذا لم يكن للقاضي في ذلك رأى» .

(٢) هو أبو ابراهيم اسماعيل بن يحي المزني من أصحاب الشافعي ولد ســـنة ٢٧٥هـ وتوفي سنة ٣٦٤ وقد صنف في منهب الشافعي : المبسوط والمختصر والمنثور والوسائل وكتاب الوثائق ، ثم تفرد بالمذهب وصنف كتابا مفردا على منهبه لا على منهب الشافعي (صفات الشافعية للمصنف ص٥) ولعـــل المقصود بالاشارة اليه في روضة الفقهاء هو الكتاب الاخير .

(٣) يلاحظ أن قوله عالما باقاويل الناس ينصرف الى اختلاف الفقهاء ويهمـــل الاشارة الى ضرورة احاطته علما باقضية القضاة فى عصر الاجتهاد المطلق أما السمرقندى فى خزانة الفقه فقد كان ادق عبارة حين اشترط علمه بسيرة من مضى قبله من القضاة والفرق بين العبـــارتين مرجعه الى تغلب الفقه على القضاء في عصر السمناني (انظر خزانة الفقه لابى الليث السمرقندي ص ٣٩٩) .

يجعل الله عزوجل ذلك لأحـــد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولكنه يجمع المختلفين لان اسد لقضيته ويكشف بعضهم على بعض •

٣٢ـ (قال الشافعي)[١] : وان لم يكن في (عقله)[٢] ماإذا اعتدل القياس عقله، واذا اسمع القياس ميزه فلا ينبغي أن يقضي ولا لاحد ان يستقضيه » •

٣٣ ـ اعلم ان ما اعتمده الشافعي رحمه الله لا يوجد لاحد فى الدنيا عـلى ما قال ، وانما العمل اليوم فى الولاة على ما ذهب اليه اصحابنا ، وان كان مـا قاله اذا وجد اولى وأصوب لان الله تعالى قال : « فاسألوا أهـل الذكر ان كنتم لا تعلمون »[٣] واذا حكم بقول أهـل الذكر فقـد أدى ما وجب عليه لان فصـل القضاء فرض توجه عليه فعله فهو كما لو استفتى فى حق نفسه وما يوجه عليه من الحكم ولا خلاف بيننا أنه يقلد فى حق نفسه ، وهو يقول قال الله تعالى :

« وان احكم بينهم بما انزل الله »[١] وهذا أمر للحاكم لا لغيره ،ولانه لا يجوز أن يكون مفتيا ، فلا يكون حاكما كالكافر والصبي ولان العلم رأس مال الحاكم وآلة له ، فكيف يصح عمل من لاآلة له ، وهذه الجملة نكتة المسألة •وأبوحنيفة جعل حكمه كشهادته ، فاذا وجدت جميع الشرائط فى الحاكم امن المولى له الحكم وهذا باب يذكر فيه صفة المولى وما يجب أن يكون عليه من الشرائط « والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمئاب » •

---

(١) هذه الزيادة ليست فى النسخ المخطوطة ولكن سياق الكلام يقتضيها وقد وردت فى عبارة الماوردى فى أدب القاضي (رقم ١٥٠٣) •

(٢) من نسخة منيح وفيها : « وان لم يكن فى عقله ما اذا اعتدل القياس عنده

(٣) المائدة ٤٩ •

فصـــــل

ما يجب أن يكون عليه الإمام من الشرائط

٣٤- اعلم ان القضاء لايجوز ان يولاه القاضي من جهة العوام ، وانما يولاه من جهة الامام ، فيجب أن تذكر صفة الامام ، وطريق امامته فنقول ان كل صفة اعتبرت في القاضي من الذكورة[١] والعقل والبلوغ والصلاح والورع والعـدالة والامانة والعفة فهي معتبرة في الامام الاعظم .

٣٥- ويعتبر في الامام شرائط لاتعتبر في القاضي ، فكل من جاز أن يكون اماما يجوز أن يكون حاكما بلا خلاف ، ولا يجوز أن يكون كل من جاز قضاؤه اماما ، لان القضاء رتبة انقص من الامامة ، كما أنه يجوز أن يكون الملك رسولا ، ولا يجب أن يكون الرسول ملكا ، وكل نبي فهو امام ، وليس كل امام نبيا .

٣٦- فشروط الامامة ضربان : أحدهما أن يعلم بالشرع ، والاخر يعلـم بالشرع والعقل جميعا ، فالاول نحو أن يكون من قريش أو من قبيل مخصوص منها ، فهذا انما يعلم بالشرع ، وما يعلم شرعا وعقلا فهو مالا يتم الفرض بالامامة الا به ، ونحن نذكر مافيه من الخلاف :منها أن يكون عالما بأصول الدين ، ومن أهل الاجتهاد في فروعه ليمكنه حل الشبه[٢] وارشاد الضال وفتيا المستفتي والحكم بين الخصوم ، وهذا شرط عليه سائر فرق المسلمين في اعتباره من الفقهاء أصحاب أبي حنيفة والشافعي ومالك وسائر المختلفين ، وعليه جماعة فرق المتكلمين عـلى اختلاف مذاهبهم لايعرف بينهم خلاف في ذلك .

٣٧- وقال بعض اهل العلم في عصرنا وهو شيخنا أبو علي محمد بن أحمد ابن الوليد[٣] رحمه الله ان اعتبار العلم بما ذكرناه يؤدي الى ان لا يصح لامـام امامة في العصر ، بل يجب أن يـكون لـه بصر[٤] وعقل ورأى ويقوى كـل

(١) في نسخة قليج ومنيخ : الذكورية .
(٢) في نسخة منيخ : الشبهة .
(٣) أنظر المقدمة ، ص ١٧ الهامش (٢) .
(٤) في نسخة قليج (تمييز) .

فريق في الاصول والفروع «ويتولون ذلك عنه» كما يتولاه بنفسه، ولو كلفناه العلم بذلك مع ضيق الزمان وكثرة الاشغال لأدى ذلك الى انقطاع زمانه، وفوات تدبير أمور الخلق[1]، لأن العلم كثير والمسائل صعبة، ولا يكاد يجتمع جميع العلوم في الشخص الواحد الا نادراً شاذاً، ويجتمع بجموع العلوم في الأشخاص فإذا احتاج الى نوع من ذلك رجع الى أهله، وقاس ذلك على القضاء، وعمل في ذلك مثله على طريق التقدير، ان أحداً من العلماء الماضين لم يكتمل له جميع العلوم، وتفصيل الجملة التي ذكرناها مع معرفة الفروع أجمع، ولكن قوله يؤدي الى ان يكون كل من قام بما ذكره يجوز ان يكون إماماً.

والاجماع من الجمهور بخلافه على ان الامام انما يكون واحدا في العصر، والقضاة كثيرون، فيحق ان نعتبر في الواحد جميع الشرائط، ومنها ان يكون ذا رأي وسياسة ليدبر السلم والحرب، ويضع الامور مواضعها فيلين في موضع اللين، ويشتد في موضع الشدة، ومنها أن يكون شجاعا حتى لايجبن في اقامة الحدود، ومقاومة أهل الحروب. ومنها أن يكون في ظاهرة[2] عدلا غير فاسق، لانه ان فسق بوجه من وجوه الفسق لم يوثق بعدله[3]، ولم يؤمن أن يحيف في الاحكام، وان يجبي مالا يستحقه من المال ويصرفه الى من لايستحقه لانه أمين فيما يأخذ ويعطي فاذا كان فاسقا لم يؤمر اميرا[4] على المسلمين ولا يعقد له ولاية ولا يجب له علينا طاعة، لانه ينوب عن الله ورسوله عليه السلام في الارض، فلا ينبغي له أن يأخذ ما يجب لله تعالى وللمسلمين لنفسه ولا يعطيه لغير مستحقه

شرط الذكورة

٣٨ ـ ومنها ان يكون ذكرا.

ومن الخوارج من اجاز امامة المرأة.

---

(١) فى نسخة منيخ: الجيش.

(٢) في النسختين (في ظاهر أحسن).

(٣) في النسختين (بعدالته).

(٤) في النسختين (لم يكن أمينا).

والجمهور من الناس والمسـلمين على خلافة •وكيف تصلح لهذا الامر، العظيم ، وهي لاتصلح لصلوة الرجال ، وقد قال عليه السلام :

ـ ما أفلح قوم ولى أمرهم امرأة •

٣٩ ـ ومنها ان يكون حرا ، وقال من لاعلم له : يجوز ان يكون عبدا لانـه عليه السلام قال :

ـ اطيعوا ولو ولى عليكم عبد اجدع •

وهذا لايصح ، لان العبد مشغول بمنافع مولاه ، ولا تكاد النفوس تنقاد له ولا ترجع اليه ، وليس من حيث جاز ان يكون اميرا يجوز ان يكون اماما ، لان الامير يتصرف من قبل الامام فهو كتصرف الامام ، والامام يتصرف من جهة نفسه فيجب ان يكون مالكا لنفسه •

شرط النسب

٤٠ ـ ومنها ان يكون قرشيا ، ومن اصحاب الحديث ومن الخوارج من لم يشترط ذلك ، وهو مذهب جماعة من المسلمين[1] قالوا لان عمر بن الخطـاب رضي الله عنه لما عين اصحاب الشورى بحضرة المسلمين قال لهم :

ـ لو كان سالم حيا ما خالجني فيه[2] شك •

وسالم مولى امرأة ابي حذيفة •

ولم ينكر عليه احد من الحضور •

وحجة الجمهور قوله عليه السلام :

---

(١) فى نسخة منيخ (لما تخالجني فيه) وهذه الصيغة وردت فى العثمانيـة للجاحظ (ص ٢١٧ منه) •

(٢) وفى مقالات الاسلاميين للاشعرى (ص ٤٦١) ان المعنيين بذلك هم جماعة من المعتزلة وقد حكى الجاحظ في العثمانية رأى هذه الجماعـة واورد حججها النقلية والعقلية ومنها حديث عمر المذكور (ص ٢٠٢ ـ ٢١٨ من العثمانية) •

ـ الائمة من قريش[٣] •

والالف واللام لاستغراق الجنس وقال :

ـ ان هذا الامر لا يصلح لقريش[١] •

اختلافهم في مفهوم لفظة قريش

٤١ ـ واختلف القائلون بأنها في قريش من عناه النبي (صلى الله عليه وسلم) بقوله : الائمة من قريش[٢] ، واسم هو لرجل او لقب عرف به ، وقد جهل كثير من العلماء والفقهاء ذلك • وسألت أنا جماعة فلم يعلموا هل هو اسم رجل أو قبيلة ، وهذا يعرض اذا ذكرت لك نسب النبي عليه السلام ، وهو أبو القاسم محمد بن عبدالله بن عبدالمطلب بن مرة بن كعب بن لؤى بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانه بن خزيمة بن مدركة بن الياس بن مضر بن نزار بن عدنان

فاذا عرفت ذلك نقريش اختلفت فيه من هو ؟ فمن الناس من قال هو بدر ابن النضر دليل بني كنانة ، هو قريش ، وهو صاحب بئر بدر التي لقى عليها النبي صلى الله عليه وسلم قريشا •

وقيل قريش هو فهر بن مالك وان من جاوز هذا الاب ليس له حظ في الامامة ولا نصيب •

ومنهم من قال النضر بن كنانة هو قريش ، وان من ليس من ولد النضر فليس

---

(١) في الفصل لابن حزم (٤/٨٩) «وهذه رواية جاءت مجرى التواتر ، رواها أنس بن مالك وعبدالله بن عمر بن الخطاب ومعاوية •

(٢) جاء في الفصل (٤/٨٩) : « اختلف القائلون بوجوب الامامة على قريش فذهب أهل السنة وجميع الشيعة وبعض المعتزلة وجمهور المرجئة الى ان الامامة لا تجوز الا في قريش ، خاصة من كان من ولد فهر بن مالك ••• وذهبت الخوارج كلها وجمهور المعتزلة وبعض المرجئة الى انها جايزة في كل من قام بالكتاب والسنة قرشيا أو عربيا أو ابن عبد » •

(٣) في النسخة المخطوطة بعد هذا : من امامه الذي عناه • وفي نسخة قليج (من آبائه الذي عناه وانه هو لرجل أو لقبيلة عرف به) •

من قريش وان كل ولد دونه فهم أهـــل الامـامـة كائنا من كـان من اولاده واولاد اولاده ٠

فمن قال انه بدر بن النضر فهي في ولده وهو أحق بها[١] ، وليس يكون في اجداد النبي صلى الله عليه وسلم حينئذ ، وهـذا قول مرغوب عنه ، وهو قريب من قول من قال انها تكون في غير قريش ، وغير العرب ، وهذا يحتاج الى بيان وشرح ، وليس هذا موضعا له ٠

فصـــل

٤٢ ـ واما القول انها لقريش [٢] على الخلاف في ذلك فأختلفوا هل تتخصص بقبيل بعينه ام لا ؟

٤٣ ـ فمنهم من قال تختص بالفاطميين خاصة وهم الشيعة ، ومن الشيعة من يخصها بولد الحسين عليه السلام ويعدد منهم اثنى عشر رجلا وهم الامامية ٠
وفرق الشيعة كثيرة :

٤٤ ـ ومن الشيعة الزيدية : وهـم يرون الامامة لكـل من ولد الحسن والحسين عليه السلام ٠

٤٥ ـ ومنهم من يجعل ذلك في ولـد محمد بن الحنفية وفيه ، ويقـولون انه المهدي [٣] ٠

٤٦ ـ وقالت الراوندية [٤] انها في ولد العباس رضي الله عنه خاصة ٠

٤٧ ـ ومنهم من يخصها بولد عبدالله خاصة [٥] ٠

---

(١) في النسختين (وهو أخو مالك بدلا من وهو أحق بها) ٠

(٢) في النسختين : واما من خصها بقريش ٠

(٣) بذلك نادى المختـــار بن يوسف الثقفي في ثورته التي اعلنها على الامويين مطالبا بثأر الحسين ، فقد كان يحاول دعم ثورته بأسنادها الى محمـد بن الحنفية بأعتباره هو المهدي المرتقب تاريخ الطبرى والفصل ابن حزم ٤/٩٤

(٤) أنظر الفصل لابن حزم ٤/٩٠ـ٩١ وفيه ان حجة هؤلاء ان العباس عصب الرسول ووراثه ورد عليهم ان المرتبة لا تورث ٠

(٥) الظاهر ان قصده : عبدالله بن معاوية بن عبدالله بن جعفـر بن ابى طالب (الفصل ٤/٩٠) ٠

نقد مختلف الأقوال في تخصيص الخلافة

٤٨ ـ والخلاف بين هـذه الفرق كثير وكلها مسافة اقاويل متدافعة وكل ادلتها مدعاة •

إمامة المفضول

٤٩ ـ واختلف في كونه أفضل أهل زمانه فشرطت الامامية ذلك ، واليـــه ذهب عباد بن سليمان [١] والزيدية واصحاب ابن الجارون [٢] ، فاما الفقهـــاء والزيدية الصالحية [٣] وفرق كثيرة من الناس فيجيزون امامة المفضول •

٥٠ ـ وقالت طائفة من متكلمي البصرة كأبى علي وابنه لايجوز الا ان يكون في الفاضل علة •

٥٠ ـ فحجة من لم يشترط ذلك اجماع الصحابة رضي الله عنهم : من ذلك قول ابي بكر رضي الله عنه يوم السقيفة :

ـ وقد رضيت لكم هذين

يعني عمر وابا عبيدة بن الجراح

فبايعوا ايهما شئتم

---

(١) الظاهر انه من زعماء الشيعة •

(٢) هم الجارودية وهم من الزيدية وقد ذهبت طائفة منهم الى القول بامامة محمد بن عبدالله بن الحسن بن الحسين بن علي بن ابي طالب فلما قتله المنصور قالت هذه الطائفة انه حي لم يقتل ولا مات ولا يموت حتى يملأ الارض عدلا كما ملئت جورا (الفصل لابن حزم ١٧٩/٤) •

(٣) جاء فى الملل والنحل للشهرستانى ان الصالحية هم أصحاب صالح بن عمرو الصالحي ومحمد بن شبيب وابى شمر وغيلان ، كلهم جمعوا بين القـدر والارجاء (الملل والنحل ٢٣٢/١) • أما ابن حزم فى الفصل ٩٢/٤ فيشـير الى ان القول بجواز امامة المفضول وصحة امامة أبى بكر وعمر وعثمـان وأن عليا طابت نفسه بتسليم حقه الى أبى بكر وعمر ان هذا هو مذهب الفقيه الحسن بن صالح بن حى الهمدانى •

وجعل عمر الخلافة شورى في ستة وهم متفاضلون عند جميع الخلق ، ولم ينكر أحد ذلك عليه [1] .

واتفقوا ان العلم بالصانع وسائر الاعمال لا يرجح به، وهو فضيلة لمن علمه.

الإمامة حق لكافة المسلمين

٥١ ــ واختلف هل الامامة حق لكافة المسلمين أو هل هي حق عليهم ؟ فمنهم من قال هي حق لهم ، ولهم ان يصرفوها الى من شاؤوا ممن يعلمون انه يقوم بها ، قال ابو بكر رضي الله عنه حين دعا بعلي والزبير ومن تخلف عن بيعته من بني هاشم رضي الله عنهم بعد الخطبة :

ايها الناس ان هذا الامر امركم ليس لاحد فيه الا ماوليتموه ، وانا اسمعكم واطوعكم لمن وليه [2] ، الا وانتم بالخيار من امركم ، وانت يا ابا الحسن والنفر الذين معك بالخيار .

الإمامة حق على المسلمين

٥٢ــ ومن يقول هي حق على المسلمين يقول ان الامام المقصود به ان يستوفي الحقوق منهم ، ويمنع منهم الظالم وينصر المظلوم .

العصمة

٥٣ــ واختلف في عصمة الامام فلم يشترط ذلك سائر الفرق ، واشترط ذلك الامامية من الشيعة[3] .

معنى العصمة

٥٤ــ ومعنى العصمة ان يكون مع الامام الطاف من جهة الله تعالى لايرتكب معها كبيرة .

---

(١) أنظر تفصيل هذه الحجج فى الفصل لابن جزم ط ١ (٤/١٦٣ــ١٦٤) . غير الامامية .

(٢) في نسخة منيخ : وليتموه .

(٣) يفهم من كلام السمناني ان شرط العصمة لم يشترطه من فرق الشيعة غير الامامية .

نقد القول بالعصمة

٥٥ـ وهم يشترطون في ذلك شروطا لعلها قط لم توجد في بشر ، ولو وجب عصمة الامام لوجب عصمة القاضي والامير والجند واصحاب الاخبار ، وناقلي الشرع الى الغير من اهل البلاد ، ولوجب عصمة رسل الامام ، وهذا فيه كلام كثير .

الإمام في بلد بعيد

٥٦ـ واختلف في الامام اذا كان ببلد بعيد لايقدر على استعلام حاله وما يعرض له ، هل لاهل ذلك الموضع ان ينصبوا غيره ام لا ؟

فعند جمهورنا[١] ليس لهم ذلك .

٥٧ـ وقال أبو اسحق الاسفرايني[٢] وجماعة من أصحاب الشافعي لهم ذلك .

وقال : ليس حال الامام اكثر من حال النبوة . وقد بعث الله تعالى موسى وهرون عليهما السلام الى امة واحدة،وقال في سورة ياسين « فعزز بثالث »[٣] .

هذا مع امكان البلاغ بالواحد ، فكيف اذا تعزز ذلك .

٥٨ـ والجماعة يقولون لوجاز مع التباعد لجاز مع القرب ، وهذا يؤدي الى جواز ائمة في البلد الواحد ، وهذا ينقض الغرض منها ، ويؤدي الى الاختلاف في الطاعة والاحكام .

واجبات الإمام

٥٩ـ واتفقوا على ان على الامام حقوقا تجب بدخوله في الامامة لكافة المسلمين ، وهي : التسوية بينهم في الاحكام والعطاء وقسمة الفيء ، ووضع كل حق في

---

(١) في نسخة قليج (جمهور الامة) وفي نسخة منيخ : (جمهور العلماء) .

(٢) من معاصري القدوري (أبو الحسن احمد بن محمد البغدادي الحنفي)،فقيه شافعي كان يناظره هو أبو حامد الاسفرائني فهل هو المقصود في المتن ؟) .

(٣)

موضعه ، ومنع الظالم ، والاخذ على يديه ، وتقوية يد المظلوم حتى يصل الى حقه.

واجبات المسلمين تجاه الإمام

٦٠- وله على المسلمين ان يسلموا اليه ماوجب عليهم من حق مال له اخذه. والسمع والطاعة له فيما يأمر به وينهى عنه مالم يكن معصية لله تعالى . وان يمكنوه من اقامة الحدود عليهم في انفسهم واتباعهم .

معرفة الإمام

٦١- واختلفت في معرفة الامام ووجوبها .

فمنهم من قال : لايجب على كل مسلم معرفة عين الامام في الزمان ، بل يفرض على الكفاية ، اذا قام به البعض سقط عن الباقين كدفن الميت والصلوة عليه.

٦٢- ومنهم من قال : على كل مسلم ان يعرف عين الامام وهو فرض لازم كما يعرف الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ، وهو كفرض الصلوة والصوم والحج ، وهذا يقتضي ان نذكر بماذا يصير الامام اماما ، لانه اذا كان لابد من امام للمسلمين فبماذا يكون اماما .

٦٣- وهذا باب القول في طريق الامام الى الامامة .

باب في طريق الإمام إلى الإمامة

٦٤- اتفق المسلمون على ان النص من الرسول عليه السلام والامام بعده طريق الى كون الامام واحدا[1] فان كان واحدا وجبت طاعته ، وان كانوا جماعة كاصحاب الشورى اختير منهم واحد ، اما بالقرعة او الرضاء منهم .

٦٥- واختلف بعد ذلك في الاختيار فذهب جماعة من الفقهاء والمتكلمين الى كون الاختيار طريقا اليها .

---

(١) ذهب الشيعة الامامية الى ان النبي (ص) نص على علي بن ابى طالب انه الخليفة بعده (الفصل لابن حزم ٤/٩٢) .

٦٦- وقالت الامامية : لاطريق الى نصب الامام غير النص •

٦٧- وحجة الجماعة ان بيعة ابي بكر رضي الله عنه بالاختيار وكذلك عمر وعلي رضى الله عنهما ، وهو فعل المسلمين في سائر الامصار •

وقولهم : الاختيار يؤدي الى المنازعة فلا يصح ، لانا لم نر الامر جرى على ماقالوا •

٦٨- واذا عقدوا فالعقد الاول دون الثاني •

٦٩- وان وقع العقدان معا فقد قيل بالبطلان ، وقيل يقرع بينهما ، وقيل ينعقد للافضل منهما •

٧٠- وقد كان النص عندهم موجودا والخلاف واقعا فلا يصح قولهم في ذلك •

في اختيار الإمام

٧١- والاختيار ان يجتمع جماعة من صلحاء الامة واهل الحل والعقد والعلم والامانة فيعقدوا للامام •

ولا يفتقر الى جميع الامة في ذلك ، كما ينعقد نكاح المرأة ببعض الاولياء •

٧٢- واختلف في البعض الذي تنعقد به (الامامة) فأكثر اصحابنا يقولون : جميع الناس[١] كما كان يوم السقيفة ويوم الشورى •

---

(١) هذا ويلاحظ ان عبارة المتن مقتضبة والظاهر انها كانت « جميع الناس ومنهم من قال خمسة كما كان الخ • ويتضح هذا التفصيل بالرجوع الى الاحكام السلطانية للماوردى هذا والقول بان الامامة لا تصح باقل من خمسة لم يقل به الاكثرون كما ورد فى المتن فقد جاء فى الفصل لابن حزم (٥/١٦٧ - ١٦٨) ان القائل بذلك هو أبو علي محمد بن عبدالوهاب الجبائى تعلقا بفعل عمر فى الشورى وجاء فى الاحكام السلطانية للماوردى : « قالت طائفة اخرى أقل من تنعقد به منهم الامامة خمسة يجتمعون على عقدها أو يعقدها احدهم برضا الاربعة استدلالا بأمرين » بيعه ابى بكر والشورى « وهذا قول اكثر الفقهاء والمتكلمين من أهل البصرة » •

واما سائر الفقهاء فقد ورد فى الفصل لابن حزم (٥/١٦٧) « ذهب قوم الى ان الامامة لا تصح الا باجماع فضلاء الامة فى اقطار البلاد ، وذهب آخرون الى ان الامامة انما تصح بعقد أهل حضرة الامام والموضع الذى فيه قرار الائمة •

٧٣- ومنهم من قال : اربعة كشهود الزنا .

٧٤- ومنهم من قال : ثلاثة كالحاكم والشاهدين[١] .

٧٥- ومنهم من قال : ينعقد (بأثنين) كالحكمين يوم صفين وجزاءالصيد[٢].

٧٦- ومنهم من قال : ينعقد بواحد كما قال العباس رضي الله عنه لعلي ابن ابي طالب رضي الله عنه : امـدد يدك ابايعك لايختلف علينا الناس ، ويقال عـم رسول الله بايع ابن اخيه .

وكما ينعقد نكاح الحرة بواحد من الاولياء كذلك هذا .

فصـــــل

الدعوة

٧٧ - واختلف في الدعوة هل هي طريق الى الامامة أم لا ؟

فقالت الزيدية انها طريق الى ذلك . ومنع باقي الناس ذلك ، وقالوا ليست بطـــريق .

والدعوة أن يباين الانسان الظلمة ويأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكـــر وتجتمع فيه شروط الامامة ، فيكون اماما وأن لم يبايع على ذلك . وهذا لايصـح لانه يؤدى الى أن يطلب ذلك كل واحد ، ويفعل فعل صاحبه ، فيجتمع للنـــاس عدة أئمة ، وهذا لايجـوز .

---

(١) فى الاحكام السلطانية للماوردى «قال آخرون من علمـاء الكوفة تنعقـد بثلاثة يتولاها احدهم برضا الاثنين ليكونوا حاكما وشاهدين كما يصح عقد النكاح بولى وشاهدين » .

(٢) كذا في جميع النسخ .

فصـــــل

هل تورث الإمامة؟

٧٨ ـ واختلف في الميراث هل تورث الامامة ؟
فقال بعض الزيدية والعباسية انها تورث ، وتكون لاولى الوارثين ، ولا يرثها صبي ولا مجنون ولا امرأة ، ولا من ليس له صفة الائمة •
والجماعة من الناس على أنها لاتورث ، لان الارث يستوي فيه الجماعة كالمال •

فصـــــل

في كيفية النص

٧٩ ـ هل تكفي مشافهة المنصوص عليه أم يحتاج الى شهود معه ؟ وما عدد الشهود ؟ وهل هم كعدد (شهود) حقوق الاموال أم لا ؟ وهل يكون النص جليـا أو خفيـا ؟ وهل يفتقر الى من يخالف الامـام فى رأيه أو يوافقـه ؟ كل ذلك مختلف فيه •
فهذه جملة ممتعة « مقنعة » في الامامة •

باب

كيفية الولاية

٨٠ ـ وهذا باب نذكر فيه كيفية الولاية :
اعلم ان الامامة لايصح عقدها خاصة بل لاتقع الا عامة عموما لا تخصيص فيه بحـال •
وأما ولاية القضاء فتقع تارة عامة بأن يقول الامام : وليتك القضاء والحـكم فيعم الاشخاص والمواضع (والايام)[١] ، وتارة تكون خاصة •

---

(١) هذه الزيادة ذكرناها بالاستناد الى ماجاء في أدب القضاة للماوردي •

٨١ ـ فان عين موضع الولاية ولم يعين الناس جاز ، وكان له أن يحكم على كل من في الموضع الذي وليه ، ولا خلاف في جواز حكمه على جميع النـــاس • وانما اختلفوا فى المحكوم له ، وله باب نبينه فيه فيما بعد ان شاء الله تعالى •

٨٣ ـ وان عين المحكوم عليه ، ولم يبين (يذكر) الموضع الذى ولاه الامام ولا عين بقعة بعينها من المواضع والبلاد والمحال التي تعين أبدا بالولايات والعهود التي بيد القضاة « تنشأ للقضاة » والحكام المنصوبين ، جاز ذلك ، وكان له أن يحكم بين المعينين له بالحكم فى كل المواضع •

٨٤ ـ وان عين الموضع والخصوم جاز ذلك ، ولم يكن له أن يحـــكم في غير الموضع ولا على غير من عين له •

وكل ذلك لا خلاف فيه •

٨٥ ـ ويكفي في الولاية مشافهة الامام للقاضى بالولاية ان كان حاضـرا ، وكتابه ان كان غائبا • وتجوز بالرسالة اليه أيضا •

٨٦ ـ وهل يفتقر فى الكتابة اليه بالقضاء أن يشهد عليه الامام ؟ ويكون كالكتب الحكمية ؟ أم يكفى مجرد الكتاب اليه ؟

فالذى ذكره الخصاف فى أدب القضاء عن (محمد بن الحسن) قال : قال أبو حنيفة : وان قرأ عليهم الكتاب ، يعنى القاضى اذا كتب الى قاض ولم يختمــه بحضرتهم ، وهم لايحفظون مافيه ، وليس نسخته معهم لم يجز ذلك •

٨٧ ـ وقال [أبو يوسف] يجوز الكتاب ويقبله الذى ورد عليه ، وان لـم يقرأه عليهم بعد أن يشهدهم على نفسه انه كتابة وخاتمة ، لانى أنفذ كتب الخلفاء بغير بينة ، والخلفاء ينفذون كتب القضاة بغير بينة •

٨٨ ـ وقياس قول ابي حنيفة انه لايقبل •

٨٩ ـ وقد حكى أصحاب الشافعي في ذلك وجهين :

في أحدهما يقبل ، وفي الثاني لايقبل • والرسالة مثل ذلك •

باب

مايشترك فيه الوالي والمتولي من الصفات

٩٠ ـ اعلم ان القاضي والامام يشتركان في الحرية والبلوغ والعدالة والعلم والامانة والعفة والصيانة في ان كل واحد لايجوز له أن يقضي لنفسه ، ولا لاولاده ولا لاحد من أجداده وسيأتي « وسنبين » ذلك في باب من يجوز أن يقضي له ومن لايجـــوز .

فالامام والقاضي في ذلك ســواء .

٩١ ـ ويفترقان في اعتبار كونه من قريش ، فالقاضي يجوز أن يكون عربيا وأعجميا ، ومن سائر أنواع الامم اذا وجد فيه شرائط القضاء التي قدمناها .

ويفترقان في خصوص الولاية وعمومها .

[مطلب: القاضي لا يولي ابنه القضاء في حياته ولا بعد مماته](١)

٩٢ ـ ويجوز أن يولى الامام ابنه للامامة بعده بالنص عليه ، والقاضي لايولي ابنه القضاء في حيوته ولا بعد موته الا أن يجعل الامام له ذلك .

[مطلب قضاء القاضي على القاضي الذي ولاه وله وعلى الإمام الذي ولاه](٢)

٩٣ ـ ويقضي على القاضي الذي ولاه وله .

٩٤ ـ وكذلك القاضي يقضي على الامام ويقضي له وان كان يستفيد النظـر من جهته .

[مطلب: لا يجوز أن يكون إمامان في دار الإسلام]

٩٥ ـ ويجوز أن يكون القاضي في محلة ومعه قضاة ، ولا يجوز أن يكون امامان في دار الاســلام .

---

(١) ورد هذا العنوان في هامش ص١٣ من نسخة قليج .

(١و٢) ورد هذا العنوان في ص١٣ من نسخة قليج .

[مطلب : يجوز أن يشتركا في قضية واحدة] [1]

٩٦ ـ ويجوز أن يشترك القاضيان في قضية ، ولا يجوز ذلك في حـــق الامـــامين ٠

[مطلب: انتقاض الولاية]

٩٧ ـ والامام لاتنتقض ولايته ٠
والقاضي تنتقض ولايته ٠

[مطلب: ما ينفرد به الإمام[2]]

[مطلب: الإقطاع]

٩٨ ـ والامام يجوز أن يقطع الارض (ويخص) بمـال بيت المال ، وليس للقاضي هـذا ٠

[مطلب: بيان حدود الولاية]

٩٩ ـ والامام لايحتاج الى بيان ماله أن يتصرف فيه ، والقاضي يحتاج الى بيان الحكم والقضاء ٠

١٠٠ـ وليس للقاضي أن يتصرف الا فيما يجوز للامام أن يتصرف فيه ٠

١٠١ـ والامام يتصرف فيما ليس لاحد من اهل الحل والعقد أن يتصرفوا فيه ، فهو يستفيد بالولاية مالم يكن لمن ولاه أن يفعله ٠

١٠٢ـ فان قيل : فهذا يدل على بطلان الاختيار لان من ولاه الامر لايملك ما[1] ولاه فعله ٠

---

(١) ورد هذا العنوان فى ص١٣ من نسخة قليبج ٠
(٢) ورد هذا العنوان فى ص١٣ من نسخة قليبج ٠
(٣) في نسخة قليبج (ما) والصواب ما أثبتناه ٠

والجواب ان ذلك غير ممتنع ، كالولي يزوج وليته ولا يملك وطئها ، والزوج يجوز أن يستوفي منفعة البضع ويملك ذلك ولا يجوز أن يملكه غيره .
وسنبين في باب النيابة مايجوز أن يستناب فيه ومالا يجوز ان شاء الله .

باب

ولاية الخوارج للقضاء

١٠٣ ـ وهذا باب يذكر فيه ولاية الخوارج للقضاء وما يجوز من ذلك وما لايجوز .

تعريف الخوارج

١٠٤ـ اعلم ان الخوارج كل فرقة اظهرت رأيا ودعت اليه وقاتلت عليه ، وصار لها منعة وشوكة وتحيزت بخطة [1] (بحيزة) .
١٠٥ـ وسنذكر في كتاب أهل البغي مايجب عليهم ومالا يجب من الاحكام عند بلوغنا اليه ان شاء الله .

[قضاء الخوارج]

١٠٦ـ وانما الكلام ههنا في صحة الولاية :

فحكى الخصاف في أدب القضاء له : انهم اذا ولوا رجلا القضاء فقضى بقضايا وحد ناسا « وحكم بأشياء » ثم ظهر أهل العدل بعد ذلك على البلد فولوا قاضيا ، ثم رفعت احكام اهل التأويل اليه ، فأنه ينقض منها ما ينقض من أحكام غيرهم.
١٠٧ ـ وقال الطحاوى رحمه الله في مختصره في كتاب أهل البغي : ولا ينقض من أحكامهم الا ما كان ينقض من أحكام غيرهم [2] .

---

(١) يستفاد من هذا ان مصطلح الخوارج لايقصد به ههنا مجرد الفرق الدينية المعروفة التي خرجت على الامام علي ونادت بأن لا حكم الا لله وانما يقصد بهذا المصطلح حالة المحاربين في الحرب الداخلية في مصطلح عصرنا .
(٢) ص ٢٥٧ من النسخة المطبوعة من مختصر الطحاوى .

١٠٨- وحكى الشيرازي رحمه الله من أصحاب الشافعي رحمه الله في كتاب التهذيب[1] له عن مذهبهم •

قال : وان ولوا فيما استولوا عليه قاضيا نظرت فان كان ممن يستبيح دماء أهل العدل وأموالهم لم ينفذ حكمه ، لان شرط القضاء العدالة والاجتهاد وهذا ليس بعدل ولا مجتهد •

وان كان ممن لايستبيح ذلك نفذ من حكمه ماينفذ من حكم قاضي أهل العدل ، ورد من حكمه ما يرد من حكم قاضي أهل العدل ، لان لهم تأويلا يسوغ فيه الاجتهاد •

١٠٩- وقال : واستحب أن لايقبل كتاب قاضيهم استهانة وكسرا لقلوبهم ، فان قبله جاز •

وجوب تحقيق الإمام في أسباب خروج الخوارج عليه وإنصافهم ممن ظلمهم

١١٠- والذي مال اليه الطحاوى في المختصر أنه يسألها عما دعاها الى الخروج فان ذكرت شيئا ظلمت فيه انصفت ممن ظلمها والا دعيت الى الرجوع الى الجماعة والدخول في طاعة الامام الذي يجب عليها طاعته فأن فعلت والا قوتلت[2] فشرط أن يكون اماما تجب عليها طاعته ليكونوا خوارج •

١١١- وهذه الاقوال تدل على اتفاق المذهبين على جواز ولاية من يتولى من قبلهم القضاء •

١١٢- وسيرد [وسنذكر] حكم ما أتلفوا علينا وأتلفنا عليهم في بابه ان شاء الله •

فصل

خلو الزمان من الإمام

١١٣- ينبغي علينا أن نذكر خلو الزمان من الامام المفترض الطاعة :

(١) « المهذب » في النسختين •
(٢) ص٢٥٧ من مختصر الطحاوى المطبوع •

اذا لم يكن امام للمسلمين ثابت الامامة فمن تغلب على الارض وملكها ودعا لنفسه ، وقام بما يجب عليه من الحقوق ، وذب عن الدين ، وأمر بالمعروف ونهى عن المنكر فهو في الولاية من قبله وجهته اكثر من الخوارج مع الامام ، فاذا قلنا ان ولاية من ولوه جائزة ، وحكمه ماض فمن ليس في مقابلة امام أولى واحـــرى بجواز الولاية من قبله .

١١٤– واذا خلا الزمان من الامام والمتغلبين على سبيل الفرض والتقدير فكل حكم يلزم العامة والامام بين اظهرهم فهو لازم لهم مع عدمه ، وكل حكم لايلزمهم ولا يجوز لهم فعله مع وجوده فهم فيه أيضا مع عدمه غير مخاطبين بفعله ، والاول كالزكاة والصلوة وسائر العبادات التي يتفردون بها ، والعقود التي يعقدونها .

١١٥– والثاني كالحدود والقطع في السرقة وضرب الجزية والاحياء ومـــا هو مفوض الى الامام ، فأنه لايستوفي ولا يأخذه بعضهم من بعض ، وكذلك الاحكام وتوليهـــا .

باب التحكيم

وهذا باب نذكر فيه التحكيم من الرجلين لغيرهما :

١١٦– اعلم انه يجوز أن يحكم الخصمان رجلا واحدا ، ويجوز أن يحكما رجلين فما زاد .

١١٧– وقد حكم علي عليه السلام أبا موسى لاشعري ، وحكم معاوية عمرو بن العاص ، ورضيا بحكمهما عليهما ، وحكم عمر بن الخطاب رضى الله عنه وابي بن كعب زيد(١) بن ثابت ، وحكم عثمان وطلحة رضي الله عنهما جبير بن مطعم (٢)

---

(١) كذا وفى طبقات الفقهاء للشيرازى أن ابي بن كعب بن المنذر من بني النجار تحاكم اليه عمر والعباس فى دار كانت للعباس الى جنب المســـجد فقضي للعباس على عمر (ص١٣ منه) .

(٢) هو جبير بن مطعم بن عدى بن نوفل بن عبد مناف . (ترجمته في اســـد الغابة ١/ ٢٧١) .

وذلك جائز في الشرع والدين ، وهو قول الشعبي وابن سيرين وعبدالله بن عتبة[٣] ، وهو قول اصحابنا جميعا .

١١٨- ولهما أن يخرجا الحكم من الحكم ولاحدهما ما لم يحكم ويمض الحكم عليهما .

١١٩- وليس لواحد منهما أن يرجع عن ذلك بعد الحكم .

١٢٠ - وقال الشافعي لا يلزم الحكم الا برضاهما بعد الحكم في أحد قوليه ، لأن في الزام حكمه افتئاتاً على القاضي والإمام ، ولأن رضاهما معتبر في التحكيم ، فكذلك في الحكم ، والثاني مثل قولنا لا يعتبر رضاهما لأن من جاز حكمه لزمه حكمه .

ما يجوز فيه التحكيم

١٢١- واختلف اصحاب الشافعي فيما يجوز فيه التحكيم فمنهم من قال يجوز في كل ما يتحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم الحاكم الذى ولاه الامام .

١٢٢ - ومنهم من قال يجوز في الاموال فأما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف فلا يجوز لانها بنيت على الاحتياط ، فهذا قولهم في هذا الباب[١] .

١٢٣- وقال أصحابنا : واذا حكم الحكم بشيء ثم رفع الى القاضي نظر في ذلك ، فان كان موافقا للحق ورأيه أمضاه ، وان كان لايوافق رأيه والحق رده .

١٢٤- وقال بعضهم اذا كان مخالفا لرأيه ومذهبه فهو بالخيار : ان شاء

---

(١) في تبيين الحقائق ٤/١٩٣ « شرط لنفوذ حكمه أن يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما ، وليس لهما ولايةعلى دمهما ، ولهذا لايملكان اباحته ، وكذا لا ولاية لهما على العاقلة ، فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمهولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل » .

أمضاه وان شاء رده [1] .

١٢٥ـ وقالوا : لو حكما محدودا في قذف أو اعمى أو ذميا أو عبدا فذلك باطل لان حكمهم كشهادتهم .

١٢٦ـ واذا كان الحكم رجلين لم يمض الحكم حتى يجتمعا عليه .

١٢٧ـ واذا لم يشهد الحكم في مجلس حكمه الذي حكم فيه على حكمه لم يصدق على ذلك ، ولم يقبل قوله انه حكم بكذا .

١٢٨ـ قال الخصاف :

« ولا يجوز ان يحكما فى حد ولا قصاص ، وان حكماه فى دم خطأ فحكم على **العاقلة** بالدية لم يجز لان **العاقلة** لم ترض به » .

١٢٩ ـ وان قضى ما بيا (كذا) يمين أو اقرار أو بينة فذلك جائز [2] .

١٣٠ـ ولو قال الحكم : قد أقررت عندي بكذا أو شهد عليك هذا ، وعدلت الشهود وقد ألزمتك ذلك وحكمت عليك [به لهذا وانكر المقضىعليه] أن يكون أقر عنده أو قامت بينة عليه لم يلتفت الى قوله وامضى القضاء عليه مادام لم يخرجه من التحكيم [3] .

١٣١ـ فان كان قد عزله ثم قال ماقال لم يقبل منه ، ولم يجز حكم عليه ،

---

(١) بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لايبطله وان خالف منهبه ، الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع .. لان المولى من جهة الامام له ولاية على الناس كافة لان مقلده له ولاية على الناس كافة فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة فى حق الكل فلا يتمكن أحد من نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف المحكم لانه بأصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه » (تبيين الحقائق ٤/١٩٤) .

(٢) كذا ولعل اصل العبارة كما يستدل على ذلك من كتب الفقه : « وان قضى بنكول عن يمين أو قرار أو بينة فذلك جائز » (مراجع منتهى الحقائق ٤/١٩٣ والهداية ٣/١٠٩) .

(٣) علل الزيلعي ذلك في تبيين الحقائق ٤/١٩٤ بقوله « لان الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضى المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا بأقرارك أو بينة قامت عندى بذلك فأنه يصدق فى ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضى عليه فكذا هذا » .

كالقاضي اذا عزله الامام لم يقبل انه كان قد حكم ، وان كان قد حكم من لايجوز قضاؤه له كالابن والزوج وكل من لاتجوز شهادته له ، فان حكم لابنه أو أبيه أو من ذكرناه ابطل القاضي حكمه ، وان قضى عليه امضاه كما يمضي الشهادة .

١٣٢- ولا يحكم فاسقا ولا صبيا مالم يبلغ ، كما لايصح منهما ولاية القضاء ولا ينفذ الحكم من الحكم على غير الخصم الذي حكمه ، كما لو ادعى دينا على رجل انه كفل عن هذا وشهدت بذلك بينة قبل الحكم على الحاضر دون الكفيل . وان كان الكفيل هو الحاضر لزمه الحكم دون المكفول عنه .

١٣٣- ومتى كان الحكمان رجلين فاختلفا في الحكم والاجتهاد لم يجز (حكم) واحد من الحكمين حتى يجتمعا على شيء واحد ، وكان وجود حكم احدهما كعدمه .

١٣٤- ولو شهد عند الحكمين شاهدان بالحق فلم يحكما حتى غابا أو ماتا ، أو حكما فسأل المدعي الحكمين ان يشهدا عند الحاكم على شهادة من شهدا عندهما لم يكن للحكمين ذلك .

١٣٥- ولو شهدا رد الحاكم شهادتهما لانهما لم يشهداهما على شهادتهما ولا حملاهما ذلك .

١٣٦- وكما يجوز أن يكون الحكمان اثنين فكذا عندنا يجوز أن يلي القضاء إثنان وما زاد .

فصل

عدد من يولي القضاء في البلد الواحد

١٣٧- قال أصحابنا لايجوز[١] أن يولي القضاء الاثنين في الشيء الواحد

---

(١) في النسختين « ويجوز في الشيء الواحد كما لايجوز أن يبيع الوكيلان ..الخ وهي عبارة مغلوطة » والظاهر ان هذا الاضطراب من وهم النساخين فقد اختلطت عليهم عبارة الفقهاء في جوار تولية قاضيين في بلد واحد ويتضح هذا مثلا مما جاء في أدب القضاء للماوردي من أن للفقهاء في هذه المسألة وجهين « أحدهما لايجوز ... والثاني وهو قول الاكثرين انه يجوز لانها استنابة كالوكالة التي يجوز أن يجتمع فيها وكيلان على اجتماع وانفراد ».

والبلد الواحد لانهما قد يختلفان فلا تنفصل الحكومة ، ومنهم من أجاز ذلك كما قلناه فقد ذكرنا احكام الولاة وهذا يقضي أن نذكر هل يجوز لهم الدخول أو يجب عليهم الدخول فى ذلك أم لا ؟ وما الذي نقول في ذلك وذكر الخلاف فيه •

باب
في جواز الدخول في القضاء

١٣٨ـ وهذا باب نذكر فيه جواز الدخول في القضاء اعلم ان القضاء قد دخل فيه رجال صالحون وائمة الصحابة ، ووجوه التابعين ، وسنذكر في آخر الكتاب أعيان من دخل فيه من الناس •

وامتنع جماعة من الدخول فيه ، منهم أبو حنيفة رضي الله عنه ، فمنهم من أجاز الدخول فيه ومنهم من كرهه ولم يدخل فيه •

١٣٩ـ وعندنا انه مباح له الدخول فيه ، ولا يجب عليه ، وكذلك الدخول فيالامامة العظمى ، لايجب عندنا ، بل اختلف أصحابنا في ذلك فمنهم من قال هي فرض على الكفاية اذا قام بها الغير سقطت عنه ، ومنهم من قال اذا علم انه ليس أحد يقوم بفرضها لزمـــه الفرض ، ووجب عليه الطلب والقتال حتى يؤدي الى استقامة الدين وازالة المنكر ، ولو أدى ذلك الى اهلاك نفسه وماله وسفكالدماء•

١٤٠ـ ومن أصحابنا من قال لايجب ذلك عليه ، ومتى أدى الى اهلاك مسلم وجب ترك ذلك فكيف هلاك نفسه ، وحكمها عنه ساقط واثمها زائل ، ولايصح اجباره عليها لاو اكراهه على الدخول فيها •

١٤١ـ واتفقوا على أن القاضي لايجب عليه الدخول في القضاء وان كان عالما وليس في الناس مثله •

١٤٢ـ وقد روي عن النبي صلى الله عليه انه قال « من تقلد القضاء فكأنما ذبح بغير سكين » •

١٤٣ـ ولا يعرف لاصحابنا لفظ في كتاب يقتضي وجوب الدخول فـــي القضاء فنحيكه •

١٤٤ـ وقال أصحاب الشافعي : اذا كان لايصلح للقضاء الا واحد تعـــين ولزمه فعله ، فاذا امتنع اجبر عليه ، لان الكفاية لاتحصل الا به وجعله هذا القائل فرضا على الكفاية ، فاذا لم يقم به غير وجب عليه ، قال وان كان هناك غيره يصلح له نظرت فأنه كان خاملا واذا ولي القضاء انتشر علمه اسـتحب له طلبه [1] لما يحصل به من المنفعة بنشر العلم ، وان كان مشهورا فأن كانت له كفاية كرهت له الدخول فيه لانه ربما يعجز عن القيام بذلك ويحتاج الى ان يلتزم الامانات فكره له ذلك ، وهذا يقتضي أن يكره الدخول فيـه ، وان لم يكن غـيره لانه يجوز ان لا يأمن ذلك أيضا ، وليس القضاء أمرا يسيرا بل عظيم ، وليس كل عالم يصلح للقضاء والصرف في الامور ، وقد رأينا من يتقلد القضاء وهو يعتقد انه العالم الكافي القيم بمـا يرد في ذلك ، فلا يلبث حتى يظهر عجزه وحيرته وتبلده في الاحوال ، حتى يتغير طبعه ، وتتبدل اخلاقه ، ولولا كراهة ذكر الناس لحكيت في ذلك ما رأيت وعددت الناس ، ولكن كل زمان لا يخلو أمره من مثل ما رأينـا •

١٤٥ـ وقال أصحاب الشافعي : وان كان فقيرا يرجو بالقضاء كفاية من بيت المال لم يكره له الدخول فيه لانه يكتسب كفاية بسبب مباح

١٤٦ـ قالوا : وان كانوا جماعـــة يصلحون للقضـــاء اختار الامام افضلهم واورعهم فقلده ، وبهذا قولنا ايضا اذا اختار الحاكم ذلك ورغب فيه وغلب عـلى

---

(١) كذا والعبارة مضطربة وصـوابها ما جاء في المغنى لابن قدامة ج٩ص٣٦ في هذا الصدد حكاية عن مذهبى الحنبلية والشافعية حيث جاء :
وقال أبو عبدالله بن حامد ان كان رجلا خاملا لايرجع اليه في الاحكام ولا يعرف ، فالاولى له توليه ليرجع اليه في الاحكام ويقوم به الحق وينتفع به المسلمون وان كان مشهورا في الناس بالعلم ، يرجع اليه في تعليم العلم والفتوى ، فالاولى الاشتغال بذلك لما فيه من النفع مع الامن من الغرر ونحو هذا قال اصحاب الشافعي •

ظنه انه يقوم بشرائطه ، وهذا لابد من اعتباره فى القاضى والامام جميعـا ، ولا يجوز ان نطلق القول •

وان اختار الامام غير الافضل انعقد العقد له ، وهذا يبنى على جواز امامة المفضول ، وقد جعل عمر بن الخطاب (رض) الخلافة شورى فى ستة نفر وهم يتفاضلون عند جميع الناس ، فلولا انه يجوز العقد للمفضول لما خبر عن فاضل ومفضول ، وهذا فى القاضي اجوز من الامامة •

١٤٨- قال الشيرازي[١] رحمه الله : وان امتنعوا عن الدخول اثموا ، لانه فرض وجب عليهم فهو كالامر بالمعروف والنهي عن المنكر •

[الإجبار على تولي القضاء]

١٤٨- قال : وهل للامام اجبار واحد على القضاء ام لا ؟ ففيه وجهان : احدهما لايجبر لانه فرض على الكفاية فلو اجبر عليه لتعين عليه ، والثاني يجبر، لانه لابد من قاض للمسلمين •

١٤٩- وهذا الوجه لا يصح لان الامام نصب للحكم بين المسلمين ، فالفرض يتوجه عليه ، فلا يجوز له اجبار غيره عليه واسقاط فرضه عن نفسه •

١٥٠- وذكر الخصاف حديث انس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« من سأل القضاء وكل الى نفسه ، ومن أجبر عليه وكل به ملك يسدده » ومن طريق آخر :

من طلب القضاء وطلب عليه الشفعاء وكل اليه ومن اكره على القضاء وكل به ملك يسدده[٢] •

١٥١- واذ صح هذا الخبر جاز للرجل الدخول في القضاء بالاكراه •

---

(١) المهذب للشيرازي •

(٢) جاء في المغنى ج٩ص٣٦ ان أنسا روى عن النبي (ص) انه قال : « من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل الى نفسه ، ومن أكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده » قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب •

١٥٢ـ وكره له سؤال القضاء في كل حال •

١٥٣ـ وقد ذكر الخصاف عن الحسن (بن زياد اللؤلؤى) ان الله تعالى اخذ على الحكام ثلاثة : ان لايتبعوا الهوى وان يخشوه ولا يخشوا الناس ولا يشتروا بآياته ثمنا قليلا لقوله : « ياداود الآية[١] وانـا انزلنا التوراة الآية » ، ولانه قال عنه : لاجر حاكم عدل يوما واحدا افضل من أجر رجل يصلي في بيته سبعين سنة لانه يدخل من عدله في ذلك اليوم على كل أهل بيت من المسلمين •

١٥٤ـ واذ قد بينا الرخصة في الدخول في القضـاء ، وما في الدخول فيه ، فلنذكر اخذ[٢] الرزق عليه وما قيل •

باب أخذ الرزق على القضاء

١٥٥ـ اعلم ان القاضي من عمـال المسلمين وأجـل عمالهم وهو القيم بمصالح الجميع •

١٥٦ ـ وقد قال اصحابنا جميعا : لابأس ان يطلق الامام للقاضي من الرزق ما يكفيه من بيت المال ، حتى لا يلزمه ولا أحد على بابه مؤونة ولا كلفة ، ولا أحد أسبابه[٣] ، فأن جميع مايأخذه من على بابه يفضحه ويضع من قدره ، وان علم به فلم ينكره لحقه وزر :

كذا قال الطحاوى فى أدب القضاء الصغير له •

١٥٧ـ وقال الخصاف : ولا بأس ان يأخذ القاضي الرزق من بيت المال

---

(١) ياداود انا جعلناك خليفة في الارض فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله •
وقد فسر الماوردي الخلافة الواردة في الآية بقوله في ادب القضاء من الحاوي: « أما قوله تعالى : انا جعلناك خليفة في الارض ففيه وجهان أحدهما : خليفة لنا ، وتكون الخلافة هي النبوة ، والثاني خليفة لمن تقدمك فيها ، وتكـون الخلافة هى الملك » • وقد نقل الماوردي هذين الوجهين من تفسيره المسمى بالنكت والعيون بتغيير طفيف (أدب القاضي تحقيق محي هلال السـرحان ١/١) •

(٢) فى المخطوطة : قولنا أخذ •

(٣) فى نسخة قليج : ولا احد من انسابه •

لانه عامل المسلمين ، وقد أوجب الله له اجرا ، والنبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك وابو بكر وعمر رضي الله عنهما فرضا لانفسيهما من بيت المال ، وهكذا فعل الائمة .

١٥٨- ويفرض له مايكفيه ، ويوسع عليه حتى لا يشره الى اموال المسلمين .

١٥٩- وذكر في الباب ان عمر رضي الله عنه كتب الى ابي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل بالشام[1] ان انظروا رجالا من أهل العلم من الصالحين من قبلكم فاستعملوهم على القضاء ، واوسعوا عليهم فى الرزق ليكون لهم قوة وعليهم حجة .

١٦٠- وكان زيد بن ثابت يأخذ على القضاء اجرا وارزق علي عليه السلام شريحا خمس مائة درهم .

وارزق النبي صلى الله عليه وسلم عتاب بن اسيد[2] حين استعمله على مكة أربعين اوقية في السنة .

قال اسحق : لا ادرى ذهب أو فضة .

وارزق عمر بن الخطاب رضى الله عنه ابا موسى في السنة ستة آلاف درهم وهو على البصرة ، وكان مسروق لايأخذ على القضاء رزقا وكان شريح يأخذ .

١٦١- وقال القاسم بن عمير لا ينبغي لقاضي المسلمين ان يأخذ على القضاء اجرا ، ولا صاحب بعثهم[3] .

١٦٢- فاما الشافعي فقال :

« ومن تعين عليه القضاء وهو في كفاية لم يجز ان يأخذ رزقا ، لانه فرض تعين عليه ، وان لم يكن له كفاية فله ان يأخذ الرزق عليه ، لان الكفاية لابد منها ،

---

(١) جاء فى المغنى ج٩ ص٣٧ ان عمر بن الخطاب كتب الى معاذ بن جبل والى أبى عبيدة حين بعثهما الى الشام أن انظرا رجالا من صالحي من قبلكم فأستعملوهم على القضاء ، واوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من بيت مال المسلمين .

(٢) هو عتاب بن اسيد بن ابى العيص الصحابى اسلم يوم الفتح واستعمله النبى على مكة بعد الفتح لما سار الى حنين (اسد الغابة ٣/٣٥٨)

(٣) صاحب البعث هو قائد الجماعة المجاهدة فى سبيل الله .

والقضاء لابد منه ، وان لم يتعين عليــه : فان كان له كفاية كره ان يأخذ عليــه الرزق ، وان لم تكن له كفاية لم يكره[1] .

١٦٣- ويعطيه مع ذلك شيئا لاعوانه ، وما يصرفه في القرطاس .

واصحابنا لم يفصلوا هذا التفصيل بل لفظهم في الكتب مطلق .

١٦٤- واذا كان (القاضي) عاملا على المسلمين فهو كالعامل على الزكاة يجوز ان يأخذ الاجر والرزق مع غناه فكذلك هذا ، فهذا ماقيل في هذا الباب .

فصـــل

في الرشوة على الحكم

١٦٥- فاما الرشوة على الحكم فاجمع اصحابنا جميعا على انه ذا قبل (القاضى) الهدية على اقامة الحق فقد فسق ، واكل الحرام .

قال الطحاوى : لان رسول الله قال :

هدايا العمال غلول[1]

واكبر العمال القضاة

---

(١) جاء في المغنى ج٩ ص٣٧ انه « يجوز للقاضى أخذ الرزق ، ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعى واكثر اهل العلم » . وظاهر ان ابن قدامة المقدسى يختلف نقله عن الشافعى فى هذه القضية عن نقل السمنانى فقد اطلق الاول ما رواه الثانى مقيدا .

(٢) جاء فى القاموس المحيط أغل خان وأبله اساء سقيها فلم ترو ، وقد غلت هي ، وفى الجلد اخذ بعض اللحم والشحم فى السلخ .. وفلانا نسبه الى الغلول والخيانة ، وغل غلولا خان كأغل أو خاص بالفيء وجاء فى أساس البلاغة للزمخشرى « لا اغلال ولا اسلال ، وهدايا الولاة غلول ، يقال غــل من المغنم واغل ، وتقول : يد المؤمن لاتغل وقلب المؤمن لايغل من الغل وهو الحقد المنغل أى الكامن هذا وقد ورد حديث هدايا العمال غلول بصيغــة هدايا الامراء غلول .

١٦٦- وقال الخصاف :

« ومن خشي سلطانا على نفسه أو ولده أو ماله فصانعه على شيء فلا اثم عليه[1] .

ومن رشا قاضيا فحكم له بحقه وهو حق له لم يسعه ذلك .

١٦٧- واذا قبل القاضي الرشوة سقطت عدالته ، ولا ينفذ حكمه لمن رشاء وان حكم بالحق[2] .

١٦٨- ومن رفع اليه من القضاة ابطله اذا صح عنده .

١٦٩ - وان رشا ولد القاضي او كاتبه او جاره حتى ساعده على الحكم فحكم القاضي وهو لا يعلم والطالب محق فهو آثم وما حكم به له فهو جائز لازم[3] .

١٧٠ - ولا يقبل القاضي هدية رجل الا من كان يهاديه قبل الولاية[4] وليس له خصومة ، ولا يقبلها في حال الخصومة ، فان قبل بعد ذلك فهو على العدالة .

وهذا قول الشافعي في الهدية فيمن كان يهاديه .

ما جاء في تحريم الرشوة من الآثار

١٧١ - وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لعن الراشي والمرتشي

---

(١) اشارة السمناني الى عبارة الخصاف يفهم منها للوهلة الاولى ان القاعدة المروية عن الخصاف هي الاصل والحقيقة انها استثناء محدود بحدود الضرورة يفهم من سياق العبارة نقدها ومما جاء في كتاب الخصاف قوله : فأما الرشوة على الحكم فأجمع أصحابنا جميعا على أنه اذا قبل الهدية على اقامة الحق فقد فسق ، واكل الحرام .

(٢) أي أن حكمه يكون حينئذ باطلا بطلانا مطلقا بحتم الشرع .

(٣) الى هنا ينتهى نقله عن الخصاف وقد علق الخصاف على العبارة الاخيرة بقوله : « لانه غير مرتش ، اذ لم يعلم بذلك ولا ارتشى هو بنفسه » .

(٤) في الكنز ١٧٨/٤ ان القاضي يرد الهدية الا من قريبه أو ممن جرت عادته بذلك وفي تبيين الحقائق ان المراد بالقريب ذو الرحم المحرم .

في الحكم ، وقال « هما في النار » وذكـــر الخبر ثوبان[1] وقال فيه : « والرائش الذى يمشي بينهما » •

وعن ابن مسعود : ان الرشوة في الحكم كفر ، انما السحت ان يهدى الرجل الى الرجل هدية كيما يعين على حاجته •

وقال مسروق : ان القاضى اذا أكل الهدية فقد اكل السحت •

وقيل لعمر بن عبدالعزيز : مالك لا تقبل الهدية وقد قبلها رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟

ـ قال تلك هدية وهذا لنا رشوة •

وحديث ابى حميد الساعدى ان النبي صلى الله عليه وسلم اســـتعمل ابن اللتبية على صدقات بني سليم ، فلما جاء قال :

ـ هذا لله وهذا اهدى الى •

فقام صلى الله عليه وسلم فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال :

ـ ما بال رجال نوليهم أمورا مما ولانا الله فيجيء احدهم فيقول هذا لكم وهذا اهدى الى ، فهلا جلس في بيت ابيه وامه حتى تأتيه هدية ان كان صادقا[2]!

اتقاء الظلم بالرشوة

١٧٢ ـ وروى عن جابر بن زيد قال :

ـ لا بأس بالرشوة اذا خاف الرجل على نفسه الظلم •

وقـــــال :

ـ لم نجد في زمن عبدالله بن زياد أنفع لنا من الرشوة •

وقال الشعبى وابراهيم :

---

(١) هذه العبارة مقتضية واصلها في كتب الفقه يتضح مما ورد في المغنى ج٩ ص٧٨ حيث جاء : « وروى عبدالله بن عمر قال « لعن رســـول الله (ص) الراشي والمرتشى » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ، ورواه أبو هريرة وزاد في الحكم ، ورواه أبو بكر •• وزاد : والرائش وهو السفير بينهما »• وثوبان هو مولى رسول الله (ص) وهو ثوبان بن بجدد وقيل ابن بنجحد ويكن ابا عبدالله وقيل أبو عبدالرحمن والاول أصح وهو من حمير من اليمن أو من السراة أو من سعد العشيرة (اسد الغابة ٢٤٩) •

(٢) ورد هذا الخبر في أدب القضاء للخصاف أيضا •

ـ لا بأس بالرشوة اذا خاف الرجل على نفسه الظلم •
وقال مجاهد :
ـ اجعل مالك جنة[1] دون دينك ، ولا تجعل دينك جنة لمالك •
وكان الحسن لا يرى بأسا بان يعطي الرجل من ماله ما يصون به عرضه•
وفي هذا الباب اخبار كثيرة ذكرها الخصاف باسناد لكل منها ، وفي الذي ذكرته كفاية •

١٧٣ ـ واذ قد ذكرنا احوال الدخول في القضاء واحوال الرزق عليه ، فلنذكر احوال القاضي التي يكون عليها •

أحوال القاضي التي يقضي فيها

١٧٤ ـ وهذا باب احوال القاضي التي يقضي فيها ، وما يتقدم ذلك ، ويترتب عليه •

١٧٥ ـ اعلم ان القاضي اذا ولاه الامام بلدا غير البلد الذي هو فيه وكتب عهده فقد قلنا انه يشهد على العهد في قول ، وفي آخر يكفي مجرد العهد ، وتثبت الولاية بالاستفاضة •

١٧٦ ـ فاذا اقترب من البلد غير بزته ، ولبس من أجمل ثيابه •

١٧٧ ـ واذا قرب من البلد دعا لنفسه بما روى من الدعاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه دعا به فقال :

« اللهم رب السموات السبع وما اظلت •
ورب الارضين السبع وما اقلت
ورب الشياطين وما اضلت
ورب الرياح وما ذرت
اسألك خير هذه البلدة ، وخير اهلها وما فيها » [2]

---

(١) الجنة : الدرع وفي اساس البلاغة للزمخشري : ستره فاجتن واستجن بجنه : استتر بها ، واستجن الولد في البطن •
(٢) في نسخة منيخ : وخير ما فيها •

وروى هذا الخبر الطحاوى فى ادب الحكام •

دعاء القاضي عند دخول البلد

١٧٨ ـ واما اذا دخل البلد قال :
(اللهم أجعله لنا قرارا واجعل لنا فيه رزقا طيبا)
كذا قال لما دخل المدينة صلى الله عليه وسلم •
وروى عنه انه كان يقول اذا دخل مدينة (اعوذ به من الاسد والاسود والحية والعقرب ومن شر ساكنى البلد ، ومن شر والد وما ولد ، ومن شر كل احد) •
هكذا روى الطحاوى رحمه الله •

فصـــــل

في صفة لباسه وفرشه

١٧٩ـ ويستحب له ان يلبس السواد ، فان لم يكن فعمامة سوداء ، لان النبي عليه السلام دخل يوم (فتح مكة) وعلى رأسه عمامة سوداء •
رواه جابر وأنس •
وتكون العَذَبة[٢] على كمه الايسر •

---

(١) لبس السواد عادة عربية قديمة وكانوا يلبسون السواد في الجاهلية علامة على طلب الثار • وقد اتخذ العباسيون السواد شعارا لهم بتأثير هذا العرف القديم لخروجهم مطالبين بأمر عظيم هو انتزاع الخلافة والحكم من الامويين •

(٢) جاء في أساس البلاغة للزمخشري : «خفقت على رأسه العذب وهي خرق الالوية ، وعذب سوطه وهذبه جعل له علاقة وفى القاموس المحيط العذب بالتحريك : القذى وما يخرج فى أثر الولد من الرحم •• والخيط الذي يرفع من الميزان ، وطرف كل شيء ومن البعير قضيبه ، والجلدة المعلقة خلف مؤخرة الرحل الواحدة بهاء فى الكل • والعذبة بكسر الذال مايخرج من الطعام فيرمى والقذاة وما أحاط من الدرة والاعتذاب ان تسبل للعمامة عذبتين من خلفها »•

١٨٠ ـ ويختار لـه من الفرش فى الشـتاء اللبود البيض وفى الصيف الحصر والبوارى •

مركب القاضي

١٨١ ـ قال الطحاوى :

يستحب له ان تكون مراكبه البغال الذكور فانه احسن من الاناث ،واناث البغال اشبه بالحكام من البراذين ، والبراذين اشبه بالحكام من الخيل العراب•

وما رأيت قط شيخنا قاضى القضاة رحمه الله ركب فرسا ، وكان يـركب إناث البغال الكبير السن منها •

١٨٢ ـ ويستحب للقاضى ان يسلم على من يجتاز به ، فقد كان النبي صلى الله عليه يفعل ذلك •

١٨٣ ـ وقد قالوا انه يستحب له ان يقلل كلامه اذا سـايره اهل البلد ، ويتحفظ فى ذلك فان كلامه عليه محفوظ ، وذلك يقلل هيبته •

أحوال قاضي القضاة الدامغاني

١٨٤ ـ وقد شاهدت شيخنا قاضى القضاة رحمه الله اذا ركب حدث من يسايره ، وكان اذا جلس فى مجلسـه لم يخل من حكاية يوردهـا ومضحكة يحكيها ، وبقى فى القضاء فوق من ثلاثين سنة لانه ولى من ذى القعدة من سنه سبع وأربعين واربعمائة ومات فى ليلة السبت رابع وعشرين من رجب سنة ثمان وسبعين ، وما نقصه ذاكر ولا عائب[١] ولا حط عند احد من قـدره لعظم[٢] فى نفسه ، وما رأيته قط حلف خصما ولا حكم بملك احـد لاحد ، ولا قال قط ثبت عندى كذا ، ولا صح لدى ، بل يقول : شهد بذلك فى مجلس الحكم ، واقر فى مجلس الحكم ، وشهد المعدلون بذلك ، وهذه شهادة المعدلين وخطوطهم

(١) فى نسخة منيخ : وما نقصه ذال ولا عابه •

(٢) فى نسخة منيخ : لعظمته •

وقوبل الاصل الذي هو شهادة الشـهود ، وما قال قط صح عندى ان هذا الملك لفلان ، وقد حكمت به لفلان واوجبت على فلان الخروج منه •

وكان يقضي في داره ، وربما سمع الشـهادة على الطريق وفي السكة[1] اذا عبر وعلى باب الديوان وما رأيته عقـد قط مجلس حكم فى الجامع ولا فى المسجد ، رحمه الله ورحمنا اذا صارت ارواحنا اليه •

فصـــل

ما يفعله القاضي قبل مصيره إلى البلد الذي وليه

١٨٥ ـ وينبغى للقاضى قبل مصيره الى البلد الـذى وليه ان يتعرف احوال من به من الفقهاء والشهود والاعيان •

١٨٦ ـ وينفذ قبل ذلك الى الموضع من يشعر الناس بقدومه ليكونوا على اهبة من قدومه واستقباله •

١٨٧ ـ وان يرجع اليه من انفذه ليكون الى جانبه (عند دخوله) يعرفه كل انسان ليكرمه بما يجب اكرامه ، فلا يرفع وضيعا ولا يحط من مرتبة كريم ويكون رسوله ثقة امينا بما يخبر به •

كيفية دخول البلد الذي وليه

وهذا باب كيفية دخول البلد الذى وليه :

١٨٨ ـ اعلم ان القاضى ان كان لامحمل[2] له ولا تبع فالمستحب له ان يدخل ليلا الى البلد ، ويكون قبل ذلك قد اخذ منزلا يصلح للقضاء والحكم فلا يطلع الناس على حاله ولا ما دخل فيه[3] •

---

(١) فى نسخة منيخ : السـفينة •

(٢) في نسخة منيخ : (تجمل) ولا محل له •

(٣) في نسخة منيخ : ولا ماكان فيه •

وان كان له محمل وتبع[1] فالمستحب له ان يدخل البلد نهارا .

١٨٩ – ويستحب له من الايام يوم الاثنين ، لانه النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة يوم الاثنين من غرة شهر ربيع الاول[2] وقيل لعشـر ، وبعث في شهر رمضان صلى الله عليه وسلم قبل ذلك بثلاث عشرة سنة ، وتوفي في شهر ربيع الاول يوم الاثنين لاثنى عشرة ليلة مضت منه سنة احدى عشرة ، واختلف في سنه صلى الله عليه وسلم ، فقال ابن عباس وعائشة وابن المسيب رضى الله عنهم ثلاثة وستون سنة ، وقال أبو حنظلة عمره ستون سنة ، وقال عروة بن الزبير ستون سنة صلى الله عليه وسلم .

١٩٠ – وينبغي له ان يقصد المسجد الجامع فيصلي فيه ركعتين ، ثم يأمر بعهده[3] فيقـرأ على من بحضرته ، ثم يأمر مناديا ينادي : من كانت له حاجة فليحضر فينظر فيمـا رفع اليه ، لان النبي صلى الله عليه وسلم كا ن اذا قدم من سفر بدأ بالمسجد فصلي ركعتين ثم جلس للناس فقضى بينهم روى ذلك كعب بن مالك[4] وام هانى[5] .

---

(١) في نسخة منيخ : « وان كان له تجمل ومال » لا مناسبة له .

(٢) في نسخة منيخ : ثاني عشر شهر ربيع اولال .

(٣) العهد هنا بمعنى منشور توليته القضاء

(٤) هو كعب بن مالك بن ابى كعب واسم ابى كعب عمرو بن القين بن سـواد الانصارى الخزرجى السلمى ، يكن ابا عبدالله وقيل ابو عبدالرحمن ، امه ليلي بنت زيد بن تغلبة من بنى سلمه أيضا . شهد العقبة في قول الجميع ، واختلف في شهوده بدرا ، والصحيح انه لم يشهدها ، آخى الرسـول بينه وبين طلحه بن عبيدالله حين آخى بين المهاجرين والانصـار ، ولم يتخلف عن رسـول الله (ص) الا في غزوة بدر وتبوك . وهو احد « الثلاثة الذين خلفوا حتى اذا ضاقت عليهم الارض بما رحبت وضاقت عليهم انفسهم » . كان من شعراء الرسول فكان يخوف الكفار بالحرب ، وعن ابن سيرين ان دوسا انما اسلمت فرقا من قول كعب بن مالك :

قضـينا من تهـامة كل وتر
وخيبر ثم اغمـدنا السـيوفا
تخبـرنا ولو نطقت لقـالت
قواطعهـن دوسـا أو ثقيفا

فقالت دوس : انطلقوا ، فخذوا لانفسكم لا ينزل بكم ما نزل بثقيف .

١٩١ ـ وان لم يقرأ العهد ومضى الى منزله أذن للناس اذنا عاما وقرىء عهده عليهم فى منزله والاول احب الينا من الثانى •

١٩٢ ـ وكان خاتم النبي صلى الله عليه وسلم حديدا مكتوبا عليه شريط فضة نقشه : محمد رسول الله ، صلى الله عليه وسلم •

ما ورد في كتابه العهد من الآثار

١٩٣ ـ وانما قلنا يكتب له العهد لان النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم حين بعثه الى اليمن •

وكتب أبو بكر الصديق رضي الله عنه للاشتر[١] حين بعثه الى اليمن[٢] كتابا وختمه بخاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم •

روى عنه ابو جعفر محمد بن على وعمر بن الحكم بن ثوبان وغيرهما (اسد الغابة ٤/٢٤٧ ـ ٢٤٨)

(٥) اللواتى عرفن بام هانىء فى اسد الغابة اثنتان هما : ام هانىء الانصارية لم يوقف على نسبها واختلف في اسمها فقيل ام قيس وقيل ام هانىء والظاهر انها ليست هى المقصودة في السند المذكور ، اما الاخرى فهى ام هانىء بنت ابى طالب القرشية اخت علي بن ابي طالب ، وقد اختلف فى اسمها فقيل هند وقيل فاطمة وقيل فاختة • وكانت تحت هبيرة بن عمرو بن عائذ بن عمران بن مخزوم المخزومي • اسلمت عام الفتح ، وهرب زوجها هبيرة الى نجران ، وقال معتذرا بأنه لم يفر جبنا ولا خوفا من القتل وقد اعجب بابياته في اعتذاره خلف الاحمر النقادة القديم وراوية الشعر الشهير اما الابيات المذكورة فهى :

لعمرك ما وليت ظهري محمدا
وأصحابه جبنا ولا خيفة القتل
ولكنني قلبت أمري فلم أجد
لسيفى غناء ان ضربت ولا نبلى
وقفت فلما خفت ضيقة موقفى
رجعت لعود كالهزبر الى الشبل

(اسد الغابة ٥/٦٢٣ ـ ٦٢٤)

(١) كذا فى جميع النسخ والاشتر هو مالك بن الحارث الاشتر وقد ولاه على مصر وعهد اليه (نهج البلاغة • شرح محمد عبده ٤/٨٢) •

(٢) فى نسختى منيخ وقليج البحرين •

وكتب عمر بن الخطاب رض الله عنه الى اهل الكوفة :

« آما بعد ، فاني بعثت اليكم عمار بن ياسر اميراً وعبدالله قاضياً ووزيراً[1] فاسمعوا لهما اطيعوهما فقد آثرتكم بهما » يعني عمارا وابن مسعود[2] .

الإشهاد على التولية

١٩٤ ـ وقال الشافعي :

اذا كان البلد بعيدا اشهد على التولية شاهدين لتثبت بهما التولية .

١٩٥ ـ وقال اصحابه :

وان كان قريبا بحيث يتصل به الخبر بالتولية ففيه وجهان :

احدهما يجب الاشهاد لانه عقد فلا يثبت بالاستفاضة كالبيع ، وهو قول ابي اسحق ، وقال الاصطخرى : لا يجب الاشهاد لانه يثبت بالاستفاضة فلا يفتقر الى الشهادة ، وقد تقدم ما قلناه في ذلك .

١٩٦ ـ فاذا دخل البلد واستقر فيه وحصل في داره وجب ذكر الحالة التي يجلس عليها والصفة التي يكون عليها .

باب كيفية جلوس القاضي وإخوانه والمكان الذي يقضي فيه

وهذا باب يذكر فيه كيفية جلوسه واحواله والمكان الذى يقضي فيه .

١٩٧ ـ وينبغى للقاضي اذا اراد الجلوس للقضاء ان يخرج وهو على اعدل الاحوال لا جائع ولا عطشان ولا كضيض من الطعام ولا كسلان .

١٩٨ ـ ولا يقضي وهو غضبان .

---

(١) فى تاريخ الطبرى ٤/٢٤٧ انه كتب :
« اني بعثت اليكم عمار بن ياسر أميرا وجعلت عبدالله بن مسعود معلما ووزيرا . ووليت حذيفة بن اليمان ما سقت دجلة وما وراءها .. الخ » .

(٢) فى نسخة قليج : قوله اثرتكم بهما يعنى عمارا وابن مسعود .

١٩٩ ـ ولايمزح مع خصم ولأيساره ولايضحك في وجهه ولا يعبث بثيابه٠

٢٠٠ ـ ولا يضجر ولا يعجل ٠

٢٠١ ـ ولا يلتفت عن خصم ٠

٢٠٢ ـ ولا يتكيء على وسادة حال القضاء

٢٠٣ ـ ولا يلقن خصما حجته[١] ٠

٢٠٤ ـ ولا يقضي (في) حالة مرض ولا حزن ولا حر شديد ولا برد مؤلم٠ ولا في حالة فتنة ٠

لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يقضي القاضي وهو غضبان »[٢] ٠

ولان هذه الامور تشله عن الفهم ، وتمنعه من الحكم ، فاذا حدث له شيء مما ذكرناه وجب ان يقوم او يسكت ، حتى يذهب ذلك عنه ٠

٢٠٥ ـ وقد كان شريح اذا جاع قام ولم يقض ٠

فصل : قضاء النبي (ص) في شراج الحرة

٢٠٦ ـ فان حكم فى هذه الاحوال بحكم نفذ حكمه وجاز قضاؤه ، اذا كان مما يجوز فى حال اعتداله ، وذلك لما روى ان الزبير ورجلا من الانصار[٣] اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شراج[٤] الحرة فقال النبي صلى الله عليه للزبير :

---

(١) فى تحفة الفقهاء (٣/٥٣٨) جواز تلقين الشاهد دون الخصم ٠

(٢) روى هذا الحديث ثلاثة من الصحابة هم : أبو بكرة وأم سلمه ، وجناده بن ابى امية فى البخارى ومسلم واحمد وابى داود والترمذى والنسائى وأبن ماجه ٠

(٣) فى أدب القضاء للماوردى (١/٧) ان هذا الانصارى « شهد بدرا ، وقيل انه حاطب بن ابى بلتعة » كان عبدا فكاتب ،شهد بدرا والحديبية (أنظر ترجمته فى طبقات بن سعد ٣/قسم ١/٨٠ ، سير اعلام النبلاء ٢ـرقم ٩ ، النووى ق١ـج١ـ١٥١ طبقات ابن خياط ، ص ١٥١) ٠

(٤) الشراج جمع شرجة وهى سيل الماء (تهذيب الاسماء واللغات ١/١٦١) والحرة : ارض ذات حجارة سود والجمع حرار (المصباح ١/٢٠١) والحرة هى اللابة وحرم النبى (ص) ما بين لابتي المدينة ، وهما حرتان تكتنفانها٠ (القاموس المحيط فى مادة اللوب) ٠

ـ اسق زرعك ثم ارسل الماء الى جارك فقال الانصاري :

ـ ان كان ابن عمتك !

فغضب رسول الله صلى الله عليه حتى احمر وجهه ثم قال للزبير :

ـ اسق زرعك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم ارسله الى جارك (فنزل قوله تعالى : فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت)[1] .

فحكم فى حال الغضب فدل على ان الاول منه على سبيل المعاونة والثانى كان من الحق ، ودل على نفوذ الحكم حال الغضب .

فصـــــل

القضاء في المسجد

٢٠٧ ـ قال اصحابنا جميعا :

والمستحب ان يجلس فى مجلس الحكم فى الجامع ، فان كان مسجد بجنب داره فله ذلك وان قضي فى داره جاز ، والجامع ارفق المواضع بالناس وأجدر ان لا يخفي على احد جلوسه ولا يوم حكمه .

٢٠٨ ـ وقد كان الشعبى يقضى فى الجامع ، وشريح يقضى فى المسجد الا يوم المطر فانه يقضى فى داره ، وكان محارب بن دثار يقضى فى المسجد ويخطب بالســـواد[2] .

---

(١) استندنا فى ايراد هذه الزيادة الى ما جاء فى ادب القاضى للماوردى تحقيق السرحان (٦/١) والاية المذكورة من سورة النساء .

(٢) هو محارب بن دثار بن كردوس ابو دثار السدوسى الكوفى ، وقيل أنه ذهلى ، روى عن ابن عمر وعبدالله بن يزيد الخطمى وجابر وعبيد بن البراء والاسود وصلة بن زفر ، وعنه عطاء بن السائب وأبو اسحق والاعشى وسعيد بن مسروق وشريك وزبيد اليامى ومسعر وغيرهم . روى له الستة . وكان من ثقات التابعين . مات سنة ست عشرة ومائة .

وقد قضى النبى فى مسجده بين الانصار فى مواريث ، وكان الائمة يقضون فى المسجد ولان المسجد ارفع المواضع واوسعها عليهم .

٢٠٩ ـ وقال الشافعى :

وكره ان يجلس للقضاء فى المسجد لان الخصومة يحضرها اللغط والسفلة، فنزه المسجد من ذلك ، ولانه قد يقضى بين الحائض والجنب فلا يمكنهما المقام فى المسجد .

٢١٠ ـ قال :

وان جلس فى المسجد لغير الحكم فحضر خصمان أكره له[١] ان يحكم بينهما[٢] وذكر فى الحجة حديث الحسن فن عثمان رضى الله عنه انه دخل المسجد ورأى سقاء على رقبته قربة فحطها ومعه خصم فقضى بينهما عثمان رضى الله عنه[٣] .

٢١١ ـ وقد قال عمر بن عبدالعزيز :

---

(١) فى نسخة منيخ : لم يكره له .

(٢) فى أدب القضاء للماوردى علاوة على ذلك :

« قال مالك واحمد واسحق لا يكره ، وهو قول الشعبى وعن ابى حنيفة فى كراهيته روايتان » (١/٧٨) .

(٣) هذه العبارة نقلها السمنانى عن ادب القاضى للخصاف من باب « القاضى يقضى فى المسجد واصل عبارة الخصاف » :

« روى هشام بن ابى عبدالله مولى لقريش ، قال : سمعت الحسن يحدث حديثا قال :

ـ اتيت المدينة فدخلت مسجد رسول الله يوما بالهاجرة ، فاذا انا بابن عفان قد كوم كومه من الحصى ودفع رداءه ثم اتكىء ، واذا هو رجل حسن اللحية ، واذا بجبينه نكات من أثر الجدرى ، واذا الشعر قد كسى ساعديه ، قال : فجاء سقاء يخاصم رجلا معه ، قال فجعل ينظر بينهما ، ففى هذا دلالة على ان القاضى فى سعة من تنفيذ الحكم فى المسجد الجامع أ هـ .

وفى ادب القاضى للماوردى تفصيل اخر حيث ذكر ان كراهية القضاء فى المسجد وردت فيها عن ابى حنيفة « روايتان استدلالا برواية الشعبى ، قال : رأيت عمر بن الخطاب مستندا الى القبلة يقضى بين الناس ، وقال الحسن دخلت المسجد فرأيت عثمان بن عفان الخ » .

لا يقعد قاض فى المسجد فيدخل فيه المشركون فانهم نجس ، وتلا الآية.

٢١٢ ـ وكان يحى بن معمر يقضى فى الطريق ، وقصده رجل الى منزله فقال :

القاضى لا يؤتى فى منزله[١] .

٢١٣ ـ قال الشافعى :

والمستحب ان يجلس للحكم فى موضع بارز يصل اليه كل واحد، ولا يحتجب من غير عذر .

٢١٤ ـ ويستحب له ان يكون المجلس فسيحا حتى لا يتأذى بضيقه الخصوم ولا يزاحم فيه الشيخ والعجوز ، ويكون موضعا لا يتأذى فيه بحر ولا برد ولا برائحة نتنة .

فصل

٢١٥ ـ ويجب ان يعرف للعالم والشريف والشيخ واهل الفضل حقوقهم ، فقد روي عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال :

اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه ، ونزلوا الناس منازلهم ، واقيلوا ذوى الهيئات زلاتهم .

٢١٦ ـ وينبغى له اذا دخل عليه سلطان ان يرفعه ويوسع له ويكرمه .

٢١٧ ـ وكذلك يكرم صاحب العلم والقرآن فقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال :

ـ « من اكرام الله اكرام ذى الشيب المسلم وحامل القرآن ، وغير الغالى فيه ، ولا الجافى عنه » .

٢١٨ ـ وان قام لرجل من اهل العلم فى مجلسه كان حسنا لا بأس به ، فقد قام النبى صلى الله عليه وسلم الى زيد بن حارثة ، ورأى قوما من الانصار مقبلين فقام اليهم .

---

(١) فى أدب القاضى للماوردى ما يفهم منه جواز نظر القاضى فى منزله (٧١/١) .

وقام صلى الله عليه وسلم لعكرمة بن ابى جهل لما جاءه مسلما ، وقال للانصـــار : قوموا الى سيدكم سعد بن معاذ[1] .

فصـــــل

٢١٩ ـ وان قام القاضى ليخرج او يدخل الى بيته او قام ليستريح فينبغي لجميع من فى مجلسه ان يقوموا له ، فقد روى أبو هريرة ان النبى صـلى الله عليه وسلم كان اذا قام يدخل منزله قمنا له قياما حتى يدخل .

٢٢٠ ـ وانما كره اصحابنا القيام على التكفير كما قال صلى الله عليه :

« الاعاجم يقوم بعضهم لبعض تكفيرا » .

٢٢١ ـ وان قام الى انسان فعانقه فلا بأس ، فقد قام النبى صلى الله عليـه وسلم لزيد بن حارثة فعانقه وقام لجعفر بن ابى طالب لما اتاه يوم خيبر فقال :

« لست ادرى باى الفتحين اسر بقدوم جعفر أو بفتح خيبر .

٢٢٢ ـ قال الطحاوى :

واذا استأذنه انسان ليقبل رأسه ويديه ورجليه فعل !

٢٢٣ ـ وقال ابو حنيفة اكره من الرجل ان يقبل من الرجل يده أو فمه واكره المعانقة ولا بأس بالمصافحة .

٢٢٤ ـ وروى عن ابى يوسف انه قال :

تجوز القبلة والمعانقة والمصافحة ، ذكر الخـلاف » فى كتاب الـكراهة أبو الليث[1] وغيره ، والذى ذكره الطحاوى قاله فى ادب الحكام الصغير له .

---

(١) ورد ذكر سعد بن معاذ فى رسالة العثمانية للجاحظ ووصف بانه كان « سيد الانصار وافضلهم » وقد تولى يوم بدر حراســة عريش النبى فى نفر من الانصار (العثمانية ، ص ٥٣ـ٥٤ ، اسد الغابة ٢/٢٩٦ـ٢٩٩) .

(٢) هو امام الهدى الفقيه أبو الليث نصر بن محمد السمرقندى مصنف خزانة الفقه وعيون المسائل والنوازل من فقهـاء الحنفية فيمـا وراء النهر فى القرن الرابع الهجرى وقد ورد فى كتابه عيون المسائل فى باب ما يكره وما لا يكره فى المسئلة ١٨٨٨ .

« وكان أبو حنيفة يكره المعانقة والقبلة ، ولا يرى بالمصـافحة بأسـا ، ورخص ابو يوسف فى القبلة والمعانقة » .

٢٢٥ ــ وروى عن بريدة الاسلمى[١] ان اعرابيا قال للنبي صلى الله عليه :
ائذن لي فاقبل رأسك ورجليك
فاذن له فقبل رأسه ورجليه •

٢٢٦ ــ وان قال رجل للقاضي جعلت فداك جاز ، فقد قال ابن عمر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم وقاله عقبة بن عامر وابو بكر وعمر وابن عباس وعمرو بن عتبة وأبو ذر وقرة المزنى[٢] ، كذا روى الطحاوى رحمه الله •

٢٢٧ ــ وان قال لبعض ولده بمحضر من الناس فداك ابوك فلا بأس ، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم ذلك لفاطمة عليها السلام •

٢٢٨ ــ وان قال له رجل :
ــ فداك ابى وامي !
أو قال هو ذلك فلا بأس فقد قال النبي صلى الله عليه لسعد بن ابى وقاص: ارم فداك ابى وأمي •
وجمع النبى صلى الله عليه للزبير يوم الخندق بين أبويه •

٢٢٩ ــ وان قال له رجل :

---

(١) هو بريدة بن سفيان الاسلمى وردت ترجمته في اسد الغابة ١/١٧٦ــ١٧٧ وورد أيضا انه ليس من الصحابة وليس هو بذاك في الرواية •

(٢) ترجم في اسد الغابة لصحابيين باسم عقبة بن عامر احدهما عقبة بن عامر بن عيسى الجهنى كان من أصحاب معاوية بن ابى سفيان وولي له مصر وسكنها وتوفي بها سنة ثمان وخمسين روى عنه من الصحابة ابن عباس وأبو أيوب وأبو امامة وغيرهم ومن التابعين أبو الخير وعلي بن رباح وأبو قبيل وسعيد بن المسيب وغيرهم • والظاهر انه هو المقصود اما الاخر فهو عقبة بن عامر بن نابى بن زيد الانصارى السلمى شهد العقبة الاولى وبدرا واحد ، واستشهد يوم اليمامة (اسد الغابة ٣/٤١٧ــ٤١٨) •

واما عمرو بن عتبة فهو عمرو بن عتبة بن نوفل يعد في اهل الحجاز (أسد الغابة ٤/١٢١) •

واما قره المزنى فهو قره بن اياس بن هلال المزنى وهو جد اياس بن معاوية بن قرة قاضى البصرة الموصوف بالذكاء ، وكان قرة يسكن البصرة ، كان على عهد رسول الله (ص) صبيا قد حلب وصر (أسد الغابة ٤/٢٠٢ــ٢٠٣) •

ـ جزاك الله خيرا •

قال له مثله ، فقد قالت ذلك الانصار وقال عليه السلام لها مثله •

٢٣٠ ـ وان دعا له رجل فقال :

ـ اعزك الله واصلحك الله او عمرك الله فحســـن • وقد روى ذلك عن النبي صلى الله عليه انه قيل له واجاب عنه[١] •

٢٣١ ـ وان دعاه داع فلباه ، أو قال :ـ لبيك وسعديك أو قال له : جملك الله فلا بأس به ، فقد روى ذلك كله عن النبى صلى الله عليه وسلم •

٢٣٢ ـ ولو أمر رجلا بشيء فقال : سمعا وطاعة فلا بأس • قال ظهير[٢] ذلك للنبي عليه السلام •

٢٣٣ ـ وان اخبره رجل بخبر فقال : بخ بخ فحسن (فقد) قال النبي صلى الله عليه وسلم لابن عمر : بخ بخ •

٢٣٤ ـ قال الطحاوى :

ـ وان حبس رجلا ليؤدبه فتشفع فيه شافع شفعه ، فقد روى فهد[٣] بن حكيم عن ابيه عن جده ان اباه اتى النبي صلىالله عليه وسلم فقال له : جرابى[٤] فيما اخذوا ؟

فقال النبى صلى الله عليه وسلم : خلوا له عن جرابه •

فصـــــل

٢٣٥ ـ قال أصحاب الشافعي :

---

(١) فى نسخة قليج : بمثله •

(٢) فى اسد الغابة (٣/٧٠-٧١) ترجم لصحابيين يدعى كل منهما ظهيرا اولهما ظهير بن رافع بن عدى شهد العقبة الثانية وبدرا والثانى ظهير بن سنان الاسدىوالظاهر ان المقصود هو الاول لطول صحبته •

(٣) فى نسخة قليج الحص بن حكيم وليس فى اسد الغابة سوى حص بن قطن واخوه حارثة بن قطن بن زابر الكلبى وانهما وفدا على رسول الله (ص) فكتب لهما كتابا فى الصدقات (أسد الغابة ١/٣٥٧ و٢/٢٣) •

(٤) فى نسخة منيخ : جيرانى •

ويكره ان يكون القاضى جبارا عسوفا وان يكون ضعيفا مهينا •
لان الجبار يهابه الخصم ، ولا يستوفى حجته ، والمهين يطمع فيه ، وينبسط عليه •

وهذه اقوال بعض اصحابنا ايضا •

وقد روى عن بعض السلف •

وجدنا هذا الامر لايصلحه الا شدة من غير عنف ولين من غير ضعف •

وقد قال أبو بكر رضى الله عنه فى خطبته ان اقواكم عندى لضعيف حتى آخذ له الحق ، وان اضعفكم عندى لقوى حتى اخذ منه الحق ، فان استقمت فاعينوني وان زغت فقوموني[1] •

فصـــــل

٢٣٦ ـ قـال الطحاوى رحمـه الله :

وينبغي له فى اليوم الذى يريد الجلوس للحكم ان يتخشع[2] ، وان تاقت نفسه الى اصابة النساء فعل ، وكذلك الطعام والشراب ، ويتقدم ليبسط له في الجامع ليعلم الناس موضعه ، وان جعل لبد ابيض ووسادة فلا بأس ، ويطرح للشهود الحصر والبوارى اذا لم يكن حصر •

٢٣٧ ـ وان قدر القاضي ان يجلس على مثل الشهود فعل ، فان المصليات والمخاد والمرافق ليس من آلة[3] الحكام •

٢٣٨ ـ ولا يتروح بالمراوح الطوال ولا للخصيان القيام على رأسه بالمذاود[4]

٢٣٩ ـ وينبغي له ان يتخذ من الغلمان كل من لا يتوهم عليه الجاهل من

(١) أنظر نص هذه الخطبة فى تاريخ الرسل والملوك للطبرى طبعه دار المعارف بمصر ج ٣ ص ٢١٠ •
(٢) التخشع : تكلف الخشوع •
(٣) فى نسخة منيخ : أمر •
(٤) فى نسخة منيخ : بالمذاب •

الناس سوءآ ، ويرسم لهمأخذ القصص[1] من غير ان ينظروا الى مافيها أو عليها •

٢٤٠ ـ ويتقدم الى الشهود والامناء ان لا يلزموا[2] انسانا لهم ولا يأتوا احدا في أمر الحكم والشهادة الا بامره ، وان يجتنبوا الضحك في المجلس وشرب الماء والمراوح وما يدعو الى الوضع من قدرهم •

فصـــــل

٢٤١ ـ واذا خرج الى المسجد بعد الاكل والشرب وما يحتاج اليه من فعل[3] حاجة خرج متواضعا متذللا لئلا يعلم انه يريد أمرا عظيما •

٢٤٢ ـ فلا يأكل من الطعام ما يكظه[4] ويحوجه الى كثرة شرب الماء ، فان ذلك يضع من قدره ، والعطش يشغل قلبه ، والامتلاء يثقل بدنه ،والجوع يضجره ويعسر[5] خلقه •

٢٤٣ ـ ويكون قمطره[6] محمولا بين يديه لايغيب عن بصره وتحت خاتمه

٢٤٤ ـ ويسلم على من يمر به •

٢٤٥ ـ وقد روى عن اياس انه حين استقضى جلس مجلس القضاء فنكس رأسه فجعل يبكى والخصوم ناحية ، ثم دعاهم اثنين اثنين ففصل بلا شاهد انما هو الاقرار •

---

(١) جمع قصة وهى عريضة الدعوى اى الورقة التى كانوا يسردون فيها مدعاهم ويقصون قضيتهم ويبينون شكواهم •

(٢) فى نسخة منيخ : ان يلزموا وفى نسخة قليج : ان يلزموا منازلهم •

(٣) فى نسخة قليج : من قضاء حاجة •

(٤) الكظة بالكسر البطنة وشيء يعترى من امتلاء الطعام ، كظه الطعام : ملأه حتى لا يطيق النفس فاكتظ ، وكظه الامر كظاظا وكظاظة بهضه وكربه وجهده • (القاموس المحيط) •

(٥) فى نسخة قليج : ويغير •

(٦) القمطر خزانة يحفظ بها القاضى الرقاع وغيرها من اوراق القضاء• جاء فى مختار الصحاح ان القمطر بوزن الهزبر والقمطرة ما يصان فيه الكتب ولا يقال بالتشديد •

فصـــــل

٢٤٦ ـ وبعد دخوله المسجد ينبغي ان يصلي فيه ركعتين أو أربعا ، ان احب اذا كان في وقت تجوز فيه الصلاة ويخفف ذلك ويدعو الله تعالى ان يفرغ عليه السداد ويجري على لسانه الصواب ، ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم .

٢٤٧ ـ وليكن من قوله : ما شاء الله ، توكلت على الله ، اعتصمت بالله .

٢٤٨ ـ ويقول : اللهم سلمني من مجلسي هذا ، وأعني عليه .

٢٤٩ ـ ويجعل القمطر عن يمينه .

٢٥٠ ـ قال الطحاوي :

ولا احب له القيام الى من جرت عادة بالقيام اليه اذا جلس للحكم ، ولكن يرد السلام .

٢٥١ ـ ويجلس الشهود والأمناء مجلسا لا يسمعون كلامه حيث يراهم كلهم .

٢٥٢ ـ ويكون اجتماع الخصوم بين يديه ، يكون بينهم وبينه مكان واسع .

٢٥٣ ـ وان يتقدم الى الحاجب بأن يأمر بكف الاصوات والسكوت وان لا يسار احد بين يديه اخر ولا يحدثه ، فأن ذلك يشغل قلبه .

مجلس قاضي القضاة الدامغاني

٢٥٤ ـ وقد رأينا شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يقعد في مجلسه وسط الدست [١] المضروب ، والشهود حوله ، يتقدم من يشهد اولا على من تأخر ، والقمطر بين يديه والمخاد على يساره ، والمسد [٢] خلف ظهره ، والناس حوله فمنهم من يقعد في طرف المخاد ومنهم في مجلس خلف المخاد ومنهم من يستند

---

(١) الدست الدشت ومن الثياب والورق وصدر البيت معربات ، والدشت الصحراء (القاموس المحيط) وقول السمناني أن شيخه كان يجلس وسط الدست المضروب يفهم منه انه كان قد ضرب له مجلس يجلس فيه للقضاء .

(٢) المسد الفتل وحبل من ليف ؤ ليف المقل أو من اى شيء كان أو المظفور المحكم الفتل : (ج) مساد وامساد ، ورجل ممسود : مجدول الخلق (القاموس المحيط) .

هذا وقد جاء في نسخة قليج بدلا من لفظه المسد لفظه : المسند .

الى الحائط وعلى طرف المطرح له حلقة ، يستر بعض الشهود وجه بعض يوم المجلس ويتقدم الوكلاء بين يديه ، ويكثر الكلام ، ويقع الضجيج ، وربما ناظر فى الفقه ، وربما عنت بعض الوكلاء والشهود ، وربما مزح مع بعضهم ، وكان اذا دخل عليه داخل ممن يقام اليه قام له ولا يبالى ، وربما خرج متطيلسا وربما ترك الطيلسان واذا اراد الاسجال[1] جرت له عادة نحكيها فى اثناء الكتاب عند ذكر كيفية ما يثبت عند الحاكم ، وكيفية اسجاله فى باب مفرد ان شاء الله .

فصـــــل

(الفقهاء المشاورون)

٢٥٥ ـ وان احب ان يحضر القاضى مجلسه جمعا من الفقهاء واهل العلم والمعرفة بالدين والشرع فعل ، وليس ذلك بواجب[2] .

٢٥٦ ـ وان شاورهم فيما يقضى فلا بأس[3] ، فقد روى عن ابى هريرة انه

---

(١) كذا أيضا فى النسختين الاخريين .

(٢) جاء فى مختصر الطحاوى (ص ٣٢٧ : « فان اشكل عليه شاور رهطا من اهل الفقه ، ثم نظر الى احسن اقاويلهم واشبهها بالحق فقضى به . وان رأى خلاف رأيهم احسن واشبه بالحق قضى به » .

(٣) يتضح من هذا ان صلة الفقه والفقهاء بالقضاء قديمة وهى تقوم على التعاون والتشاور مع عدم تقيد القاضى برأى الفقهاء المشاورين ، وقد وهم المؤرخ الانكليزى المعاصر برنارد لويس فى كتابه « بزوغ تركية الحديثة » حين لاحظ تأثر بنـاء المساجد فى تركية بطـراز الكنائس البيزنطية فاستنتج فى شىء من الافتراضات المتكلفة أن هذه الصلة فى العمارة تفسر ما زعمه من احتمال ظهور نظام التدرج الوظائفى فى طبقة علماء الدين والفقهاء فى الاسلام فى ظل العثمانيين لاول مرة على غرار التدرج الكنسى بين رجال الكنيسة البيزنطية مستندا فى ذلك الى ترؤس المفتين المحاكم المحلية تحت السلطة العليـا لشيخ الاسـلام (كذا) مع مفتي العاصمة الـذى شـبهه ووصفه فى شىء من العبث بالبطريرق الاول فى الدولة العثمانية فيالها من خفة فى البحث !

قال : ما رأيت احدا بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اكثر مشاورة لاصحابه منه•

٢٥٧ ـ وكان الحسن يقول في قوله تعالى : [وشاورهم فى الامر] «والله ما تشاور قوم قط الا وفقهم الله لافضل ما بحضرتهم •

٢٥٨ ـ روى عن زياد انه قال :

ان الرجال ثلاثة : رجل ونصف رجل ولا شيء فالرجل هو الذى له رأى ولا يحتاج الى غيره ونصف الرجل الذى لا رأى له ، واذا احضره أمر شاور ذا الرأى ، والذى لا شيء لا رأى له ولا يشاور •

٢٥٩ ـ واذا كان الحكم فى الكتاب والسنة أو الاجماع وهو يعلم ثبوته لم يحتج الى مشاورة ، وان كان فى القياس والاستدلال يشاور ولا يعجل فى ذلك بحكم حتى ينقطع العدد ، وان شاور فقيها واحدا اجزاه •

فصـــــل

أدلة الأحكام

٢٦٠ ـ وينبغي للقاضى ان يقضى بنصوص الكتاب الناسخة ، فان لم يجد ذلك ووجد الحكم فى السنة قضى ، وان كان فيه اجماع من الصحابة قضى بـه •

٢٦١ ـ وقد قال محمد بن الحسـن (الشيبانى) الاصول اربعة : الكتاب وما فى معناه والسنة وما فى معناها والاجماع وما فى معناه •

وحرصا على امانة البحث ننقل للقارىء عبارة هذا المؤرخ ليتامل بنفسه ما حكيناه عنه فقد جاء فى الصفحة السادسة من كتابه المذكور :

"To suggest but one possible line of thought: perhaps we may associate the domed basilica type of mosque with the appearance for the first time in Islam, and under Turkish rule — of an ecclesiatical hierarchy, with muftis presiding over territorial jurisdiction, under the supreme authority of the Seyh-ül-Islam, the chief Mufti of the capital, whom we may describe, perhaps a little fancifully, as the archbishop-primate of the Ottoman Empire".

(Bernard Lewis, The Emergence of Modern Turky, Second Edition, Oxford University Press. P.6).

وإذا اختلف الصحابة تخير اقوالهم وعمل باقربهـــا من الحق ان كان له رأي[1] .

٢٦٢ ـ واعلم انه لا فرق عندنا بين ما ثبت بصريح اللفظ[2] في الكتاب والسنة أو ثبت بفحواه[3] أو كان نصا[4] جليا أو خفيا أو لفظا وضع لفائدة واحدة

(١) نقل السمناني ههنا عن أدب القضاء للخصاف وقد جاء فيه بعد هذا : لان المشاورة ليست فرضا واجبا عليه حتى لا يجوز له انفاذ القضاء الا بها ، وانما هي مندوب اليها الخ . راجع ترتيب أدلة القاعدة الشرعية في مختصر الطحاوي ص٣٢٧ .

ويستفاد مما جاء في ادب القضاء للماوردي ان الفقه الشافعي اميل الى توكيد المشاورة فقد جاء فيه ان « القاضي مأمور بالمشاورة في احكامه وقضاياه » ولكنه بعد هذا الاطلاق قيد ذلك بالنوازل الحادثة التي لم يتقدم فيها قول لمتبوع وبما اختلف فيه العلماء من مسائل الاجتهاد « فهو الذي يؤمر بالمشاورة فيهما دون ما كان ظاهر جليا او انعقد الاجماع عليه . على ان القاضي انما يحكم في جميع الاحوال باجتهاده دون اجتهاد المشاورين ، كما ان ان القاضي « ان لم يشاور وحكم نفذ حكمه اذا لم يخالف فيه نصا او اجماعا أو قياسا جليا غير محتمل أ هـ . (عن ادب القضاء للماوردي تحقيق السرحان ١/١١١) .

(٢) و (٢) قوله : ما ثبت بصريح اللفظ ينطبق على ما يسمى في كتب اصول الفقه بالظاهر وقد عرف الظاهر بانه اسم لكل كلام ظهر المراد به للسامع بصفته (أصول البزدوي وشرحه لعبدالعزيز البخاري ١/٤٦) وقد استخدم السمناني مصطلح صريح اللفظ للدلالة على الظاهر ويقابله عنده الفحوى وهو ما لا يظهر المراد به للسامع بصيغته وانما يحتاج الى تأمل خلافا للظاهر وبعبارة اخرى فصريح اللفظ هو الذي لايحتاج سامعه الى التأمل في معناه لانه « يسبق الى العقول والاوهام لظهوره موضوعا فيما هو المراد به » (أصول السرخسي ١/١٦٤) وحكم الظاهر في أصول الفقه وجوب العمل به حتى يقوم دليل على تخصيصه أو تأويله أو نسخه (تفسير النصوص للدكتور محمد اديب صالح ، ص ٨٩) .

(٤) النص لغة رفع الشيء واظهاره اما في اصطلاح الاصوليين فقد قال فيه الدبوسي « هو الزائد على الظاهر بيانا اذا قوبل به » وقد زاد البزدوي على ذلك ان هذه الزيادة تكون « بمعنى من المتكلم لا في نفس الصيغة » (تقويم الادلة للدبوسي ٢٠١ ـ ٢٠٢ واصول البزدوي ١/٤٦ وقد جلى السرخي هذا المعنى بقوله ان النص هو « ما يزداد وضوحا بقرينة تقترن باللفظ من المتكلم ، ليس في

أو لفوائد كثيرة أو كان عاما أو خاصا[1] بعد ان يكون ثابتا ناسخاً .

٢٦٣ ـ ولا يثبت نسخ القرآن الا بقرآن مثله أو بسنة مجمع عليها غير مختلف فيها ولا ينسخ بخبر واحد ولا قياس[2] .

٢٦٤ ـ واختلف في جواز تخصيص القرآن بخبر الواحد والقياس فمن اصحابنا من منع من ذلك ومنهم من اجازه في حال دون حال واختلف في تفصيل تلك الحال فمنهم من قال اذا دخله تخصيص جاز تخصيصه ، ومنهم من منع ذلك .

٢٦٥ ـ وكذلك خلافهم في السنة

غير أن المعلوم منها ينسخ بالمعلوم ، والمظنون بالمظنون ، وينسخ المظنون بالمعلوم كأخبار الاحاد تنسخ بالتواتر ، ولا ينسخ المتواتر بخبر الواحد .

٢٦٦ ـ وما ثبت بالاجماع فيقدم على القياس .

اللفظ ما يوجب ذلك ظاهرا بدون تلك القرينة» (أصول السرخسى ١/١٦٤ ، تفسير النصوص لمحمد اديب صالح ، ص ٩٠) .

فالظاهر والنص صورتان من صور البيان الواضح وقد اطلق السمناني على اولهما مصطلح اللفظ الصريح وعلى الثاني مصطلح النص الجلي أما النص الخفي فهو جزء من اجزاء البيان المبهم وهو يقابل الظاهر من اجزاء البيان الواضح والخفي لغة ماخوذ من الخفاء وهو الستر والكتمان وعدم الظهور وفي اصطلاح الاصوليين « ما اشتبه معناه وخفي مراده بعارض غير الصيغة ، لا ينال الا بالطلب » (أصول البزدوى ١/٥٢) وحكم الخفي وجوب النظر فيه والطلب أي الاجتهاد والتأمل في معناه (تفسير النصوص لمحمد أديب صالح . ص ١٦٥) .

(١) العام من الالفاظ ما دل على الشمول والاستغراق لكل ما يصلح له من افراده كلفظة من وكل ودابة والعام يوجب الحكم في جميع الافراد الداخلة تحته . اما التخصيص فهو صرف العام عن عمومه وارادة بعض ما ينطوي تحته من أفراد لدليل يدل على ذلك والدليل المخصص أما ان يكون مستقلا أو غير مستقل (تفسير النصوص ص ٦٣٨ ـ ٦٣٩) .

(٢) يراجع بحث النسخ في كتابنا : نصوص قانونية وشرعية .

ويخص بالاجماع وخبر الواحد وبالعمل من الامة ، ولا فرق بين عمل العامة[1] والعلماء .

٢٦٧ ـ واذا أجمع التابعون على حكم فهو مثل اجماع الصحابة رضى الله عنهم عندنا .

٢٦٨ ـ واذا اختلف الفقهاء في مسألة عمل بأصوب الاقاويل عنده في رأيه ان كان له رأى .

٢٦٩ ـ وان اعتدلت عنده الاقوال شاور في ذلك أهل العلم وكتب اليهم ، ولا يعجل .

٢٧٠ ـ وان تساوت الادلة والحجج عنده فمن أصحابنا من قال يقف الحكم حتى يظهر له وجه مرجح ، ومنهم من قال هو بالخيار فى ذلك يعمل بأيها شاء .

٢٧١ ـ وان شاور فقيها واحدا ورأى ما قال صوابا جاز له العمل به ، وان كان رأيه بخلاف رأى من شاوره لم يقض به وان كان أعلم منه وافقه .

٢٧٢ ـ ولا يقضي بشيء يراه عنده خفيا وان قال به بعض العلماء .

٢٧٣ ـ وفى هذا الباب علم كثير ومسائل صعبة واذ قد ذكرنا هذه الاحوال والصفات فلنذكر بعد ذلك قبض ديوان الحكم وتسلمه .

باب قبض ديوان الحكم

وهذا باب نذكر فيه قبض ديوان الحكم وتسلمه وكيفية العمل فى ذلك .

٢٧٤ ـ اعلم ان ديوان الحكم به قوام المعاملات وبه تحفظ الشهادات والوقوف

---

(١) عمل الامة هو العرف والعادة وهو مصدر للقاعدة القانونية الشرعية كما صرح السمنانى لا فرق بين ان يكون العمل عمل العامة أو العلماء ، وفى هذه التفرقة مايشبه التفرقة المعروفة فى فقه القوانين الوضعية بين العادات والاعراف .

والمداينات[1] وبه يتذكر الحاكم ما حكم به من العقود وشهادة من شهد عنده من الشهود ، واوقات القضايا وتواريخ ازمان السجلات والمحاضر ، وفيه تعديل الشهود ومن عدلهم ، وفيه ذكر الجرح لمن شهد وبيان ما ردت به شهادة المجروح فهو أمين القاضي الذي لا يخون وخليفته الذي لا يشين فلا ينبغي له ان يتوانى في حفظه ، ولا يقصر عن مراعاته وضبطه ، وهو الذي يجب ان يبدأ بالنظر فيه ويتسلمه من الموكل به ، وان كان له حافظا وعليه قائما .

٢٧٥ ـ والقاضي الاول اما ان يكون ميتا أو معزولا ، فالقاضي الثاني يجب عليه حفظ الديوان وتسلمه ممن هو تحت يده .

٢٧٦ ـ فان احب ان يحضر بنفسه والثقات فيتسلم ذلك ويثبت ذلك في نسخ وتكون واحدة في ديوان الحكم ، والثانية حجة في يد من تسلم ذلك منه والثالثة تكون في يد النفر الذين حضروا معه ، وان اختار ان يقبضه بغيره فينبغي له ان يوكل رجلا ثقة ، ويشهد على وكيله بقبض الديوان من الحاكم المعروف أو من وكيله الذى كان الديوان تحت يده .

٢٧٧ ـ وان شاء ارسل كاتبه وارسل معه من ثقاة البلد من المقبول قولهم أو من الثقاة غيرهم فيأمره بتسلم الديوان من الحاكم أو ممن دفعه اليه ، يفرد هو لذلك موضعا ليكون تحت يده وقبضته أو تحت يد كاتبه .

٢٧٨ ـ ويكتب ما يقبض جميعه كتابا كتابا وسجلا سجلا .

٢٧٩ ـ ويختم ذلك كله بعد ان يثبت عنده أن ذلك محكوم به ويثبته على امينه او كاتبه .

٢٨٠ ـ واذ قد ذكرنا الكاتب فينبغي ان نذكر الصفة التي يكون عليها .

---

(١) اوضح الماوردى هذا المعنى بقوله فى أدب القضاء فى الحاوى ان « الحكام يستظهرون فى حفظ الحقوق على أربابها بحفظ حججهم ووثائقهم فى نسختين يتسلم المحكوم له أحداها ، وتكون الاولى فى ديوانه حجة يرجع اليها اذا احتاج ليكون على ثقة مما فى يده » (١/٩٠) وعرف ديوان القاضي فى الهداية للمرغيناني ٣/١٠٢ بأنه عبارة عن الخرائط التى فيها السجلات وغيرها .

باب كاتب القاضي

وهذا باب ذكر كاتب القاضي وما ينبغي ان يكون عليه من الصفات •

٢٨١ ـ اعلم ان النبى صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم علي ابن ابي طالب عليه السلام وزيد بن ثابت ومعاوية بن ابى سفيان رضى الله عنهم •

٢٨٢ ـ وكان لابى بكر الصديق عليه السلام ورضوان الله زيد بن ثابت وعثمان بن عفان رضى الله عنهم يكتبان.

٢٨٣ ـ وكان كاتب عمر رضوان الله وسلامه عليه عبدالله بن ارقم[1] وزيد بن ثابت رضى الله عنهم •

٢٨٤ ـ وكاتب عثمان مروان •

٢٨٥ ـ وكاتب علي بن ابي طالب عليه السلام عبدالله بن ابي رافع رضى الله عنهم أجمعين •

٢٨٦ ـ وهو فعل ائمة المعدلة وولاة الجور •

٢٨٧ ـ واذا استكتب القاضي رجلا فقد اقامه مقاما يجب عليه ان يختاره ، وان يستفرغ الوسع والمجهود فى ذلك فيكون معروفا بالسداد فى مذاهبه والاستقامة فى طرائقه ، ويكون عدلا فى دينه •

٢٨٨ ـ قال الخصاف :

ويتخذ كاتبا ورعا مسلما عارفا بالفقه وقاله غيره من اصحابنا كالطحاوى وابن الحسن وغيرهما والفاظهم متقاربة •

٢٨٩ ـ فقال الطحاوى فى مختصره فى الفقه : وينبغي ان يتخذ كاتبا من أهل الصلاح والعفاف ، ولا ينبغى ان يتخذ كاتبا ذميا ولا عبدا ولا مكاتبا ولا محدودا فى قذف ولا ممن لا تجوز شهادته •

٢٩٠ ـ وقال غيره :

ينبغي ان يكون مع هذه الشرائط مستقلا بما يتقلده ، ومؤثرا البر بين من

---

(١) هو عبدالله بن الارقم بن عبد يغوث الزهرى اسلم عام الفتح وكتب للنبى ثم لابى بكر وعمر •

يصحبه ويكون أمينا فقيها ، يجرى على هذا فيتوخى الصدق فيما يحضره ويغيب عن مشاهده ، صادقا فان القاضي قد امنـه من أمر الحكم على من لا يؤمن على مثله الا أمين ، وفوض اليه (من) حجج الخصوم والمرفوعين اليه ما لا يفوضه الا الى ذوى العفاف والدين •

٢٩١ ـ وكذلك ينبغي ان يكون كاتب الامام والسلطان لانهما اعظم رتبـة واوفى منزلة والسيف في يد السلطان والشرع في يد الامام •

سيرة نظام الملك وإصلاحاته

٢٩٢ ـ وقد شاهدنا في عصرنا هذا من الصاحب الاجل نظـام الملك قوام الدين العالم العادل المظفر المنصور مولى النعم ابي علي الحسن بن على بن اسحق رضي أمير المؤمنين اعز الله نصره الصـدر المامون على الدين والمسـلمين واهل الذمة والمعاهدين ، الذين تكملت فيه صـفات الامامة واشتهرت بسـيرته السير ، العفيف نفسه الكريم طبعه الحافظ سره الرؤف في نظره المنزه عن دنس الكتاب والوزراء المحافظ على تلاوة القرآن وسماع الآثار والصوم في الهواجر والقفار ، الباني المدارس في كل خطة وديار ، لا يشتغل بسماع وتر ولا صوت فتنة ولا نظر في لهو ولا لعب بنرد ولا شطرنج ولا ينـادم على خمر ، ولا يسـتحسن قبيحا ولا يقبح حسـنا فجزاه الله أحسن الجزاء عن الخلق وعن سـلطانه الذي فعله يناسب خلقه واصله يسد[1] فرعه ، الذى اسقط في وقته جميع المواخـير التي من بغداد الى جيحون ، في سائر اعماله ، ولا يعرف له حبس ولا قيد ، ولا قتل ولا فساد طريق ولا نظر الى حرمة السلطان المعظم جلال الدولة وجمال الملة ركن الاسلام والمسلمين معز الدنيا والدين ابى الفتح ملك شاه عضد الدولة الب ارسلان محمد بن داود بن مكائيل يمين أمير المؤمنين رحمه الله[2] •

ثم يرجع بنا القول الى ما كنا فيه •

---

(١) في القاموس المحيط : سد الثلمة كمد" اصلحها ووثقها •

(٢) قوله رضي أمير المؤمنين ويمينه من الالقـاب التى شـاع اطـلاقها من طرف الخلفاء العباسيين على امراء البويهيين والسلاجقة ووزرائهم على سبيل لتكريم والابهـة •

تصفح عمل الكاتب

٢٩٣ ـ وينبغي للقاضى مع ذلك ان يتفقد امر كاتبه ويتصفح عمله ،ويشرف على ما تحت يده حتى يؤدى ذلك الى حفظ احكامه وضبطه فيؤمن من وقوع خلل فيما يكتبه ويحكيه ويدونه ويمضيه من الاحكام التى تبقى على الدهر ولا ينقضها ممر عصر ويكون مع ذلك حسن الخلق لا يقبل هدية ولا يتبسط فى حاجة ، يتجنب ما يتجنبه القاضى ، ولا يأنس بكل أحد فان ذلك يضع من قدره فيضع من قدر صاحبه •

٢٩٤ ـ واذا أمره القاضى بشىء فيه غلط او خطأ فينبغى للكاتب ان يقول نعم ، ثم يعود فيوافقه على سبيل التعلم من القاضى لا على سبيل الرد عليه فان الاول يقربه منه والثانى يبعده •

٢٩٥ ـ وينبغي للكاتب ان يتحرز من خطأ يقع عليه حتى لا يراه صاحبه بذلك فان خطأه راجع على صاحبه ، وعيبه لا حق به •

٢٩٦ ـ وينبغي ان يكون مجلسه من القاضي عن يمينه أو عن شماله ، ومجلس الشهود لقراءة الكتب والشهادات عن يمينه وعن يساره ، وان كثروا فجلس بعضهم عن اليمين وعن اليسار فجائز •

ما كان عليه العمل في مجلس قاضي القضاة

٢٩٧ ـ وقد حكينا ما رأيت عليه شيخنا قاضى القضاة رحمه الله فى مجلسه، وكانوا فى المجلس عن يمينه وشماله وبين يديه ، وكان كاتبه اذا قرأ السجل بحضرته يكون الاصل فى يد آخر من الشهود ينظر فيه وآخر ينظر فى النسخة الاخرى •

٢٩٨ ـ وكان الشهود اذا شهدوا قال لهما :

ـ هكذا شهدتما ؟

فاذا قالا : نعم علَم عليه •

٢٩٩ ـ وكان فى بعض الاحوال اذا قربت السجلات من بين يديه يقول للمدعى :

ـ هكذا ادعيت ؟

اذ ربما اعاد الوكيل الدعوى.

٣٠٠ ـ ثم يسئل المدين وهو المدعى عليه :

ـ هل لك حجة تدفع بها ما ثبت عليك ؟

فاذا قال : لا حجة لي تدفع ما ثبت ولا شيئا منه ، اشهد حينئذ الشهود عليه.

٣٠١ ـ وسنذكر من ذلك طرفا عند الدعاوى ، وكيف تكون الشهادة ان شاء الله •

٣٠٢ ـ وينبغي ان يقول القاضى للمدعى :

ـ هكذا ادعيت ؟

فاذا قال نعم ، يقول للمدعى عليه :

ـ انت فلان بن فلان •

فاذا قال نعم ، قال •

ـ وهكذا اقررت او انكرت أو لك حجة تدفع ما قال ؟

فاذا قال لا ، قال للشهود •

ـ اشـــهدوا •

٣٠٣ ـ وكان لفظ شيخنا قاضى القضاة رحمه الله •

ـ انا اشهد الجماعة على حكمى وانفاذى لهذه النسخ على حسب ما كتب الي فيها من حكمى وانفاذى •

٣٠٤ ـ وكان يعلم فى رأس السجلات ولا يعلم فى اسفلها •

٣٠٥ ـ وكان يعلم في الكتب المشهود بها فى أعلاها وتحت شهادة من شهد بها ، وكان فى السجل يجتزى بالعلامة[1] فى رأسه ، ويؤرخ اليوم المحكوم فيه بيده فى خلال السجل •

٣٠٦ ـ وينبغي للكاتب ان رأى فى الكتاب خللا ان ينهى ذلك الى القاضى

---

(١) في نسخة منيخ : بالكتابة •

حتى يغير هو ان سها القاضى ، ولم يكن عنـــده علم من ذلك الامر ، ويذكر للقاضى على سبيل ان يتعلمه من القاضى لا على سبيل الموافقة عليه فان ذلك يقربه من صاحبه والثاني يبعده .

٣٠٧ ـ ولا ينبغي للكاتب ان يفشي لصاحبه سرا ولا يتحـدث عنه بكذب ولا يغتاب عنده احدا ولا يعارضــه في أمره ، ولا يعترض عليــه ، ولا يقطع أمراً دونه .

٣٠٨ ـ وينبغي له ان يدرس المحاضر والسجلات وكتب الوقوف والوصيـة وكتب الاشرية والبياعات والمعاملات وما هو عون له على صنعته وما ندب اليه من كتابته ، لانه اذا لم يعرف ذلك لم يحسن ان يضع الامور فى مواضعها .

كتاب كنز العلماء والمتعلمين

٣٠٩ ـ وقد صنفنا فى الشروط كتابا سميناه كنز العلماء والمتكلمين فى علم الشروط على نمط يخالف فى الترتيب سائر كتب من تقدم ، وهو مما لا يستغني عنه عالم ولا متعلم ، وفيه من الفقه والتعليل لكل شرط ، وذكرت خلاف الناس فيه، وخدمت به أيضا الصاحب مولانا نظام الملك خلد الله ملكه وحليته باسمه ولاجله ، فينبغي لمن حصل هذا الكتاب اليه ان لا يطلب الاجر فهو مجلد مقتصد لا كبير ولا صغير ففيه ما يعين على هذا الكتاب ، كما ان فى هذا الكتاب ما يعين على ذاك.

رفع قدر الكاتب

٣١٠ ـ وينبغي للقاضى ان يرفع من قدر كاتبه ويعظمــه ويذكره باحسن ما فيه حتى يعرف له تقديمه عنده وتعظيمه اياه .

الشروط الواجبة في كاتب القاضي في نظر الشافعية

٣١١ ـ فاما اصحاب الشافعى فقــالوا : ان احتــاج القاضى الى كاتب فمن شرطه ان يكون عارفا بما يكتب به القضاة من الاحكام وبما يكتبــه من المحاضر والسجلات ، لانه اذا لم يعرف ذلك افسد ما يكتبه بجهله .

٣١٢ ـ وهل من شرطه ان يكون مسلما عدلا ؟

فيه وجهان :

احدهما ان ذلك شرط ، ولا يجوز ان يكون كافرا كما قلنا نحن في ذلك لان ابا موسى الاشعرى قدم على عمر ومعه كاتب نصرانى فانتهزه عمر رضى الله عنه وقال له :

باينوهم فقد خذلهم الله ، ولا تدنوهم فقد ابعدهم الله ولا تعزوهم فقد اذلهم الله •

ولان الكافر عدو للمسلمين فلا يؤمن ان يكتب ما يبطل + حقوقهم •

٣١٣ ـ ولا يجوز ان يكون فاسقا لانه لا يؤمن ان يجور •

٣١٤ ـ والوجه الاخر لهم ان ذلك مستحب لان ما يكتبه لابد ان يقف عليه القاضى ثم يمضيه فتؤمن به الخيانة ، وما فعله عمر رضى الله عنه يدل على ابطال هذا الوجه لانه لم ينكر عليه من السلف والخلف ذلك •

٣١٥ ـ والوجهان حكاهما الشيرازى رحمه الله فى المهذب فى المذهب ، واظنه لما رأى ما عليه النصارى واليهود من كتاب دار الخلافة وما يذللون به المسلمين ويمتهونهم فى المعاملات وأرباب الدواوين والجهابذة على الاموال خرج هذا الوجه ، وخرجه غيره من الاصحاب لهم •

٣١٦ ـ واذ قد ذكرنا صفة الكاتب والكاتب يحتاج الى سفير بينه وبين القاضى يتردد فى الامور والاحوال ، وليس ذلك الا الحاجب •

باب الحاجب

وهذا باب يذكر فيه الحاجب ، وما ينبغي ان يكون عليه من الصفات •

٣١٧ ـ اعلم ان المرجع فى هذا الباب فى جواز اتخاذ الحاجب للقاضى والامير انما هو الشرع ، وقد كان هذا ايضا فى الجاهلية ، وكان بنو شيبة حجبة

البيت الحرام ، وقد حجب النبي صلى الله عليه وسلم أنس[1] ، وكان لابي بكر الصديق رضى الله عنه حاجب هو سديف[2] مولاه ، وكان لعثمان بن عفان حمران ، ولعلي ابن ابي طالب عليه السلام قنبر مولاه •

٣١٨ ـ وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم :

عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدى فعضوا عليها بالنواجذ » •

٣١٩ ـ وقد فعل ذلك ائمة العدل وولاة الجور ، وهو فعل الناس في كل زمان ، ومع كل امام وسلطان •

٣٢٠ ـ وقال أصحابنا :

ينبغي ان يختار (من) الحجبة من لا يتجهم الخصوم ولا يختص بعضهم دون بعض بالوصول وتكون له معرفة باوقات ما يجوز ان يستأذن فيها بالحضور لمن يقصد القاضي • ويعرف من جاء خصما او زائرا أو سائلا له أو طالبا لرفده[3] أو مستفتيا له في الحكم والشرع •

---

(١) هو أنس بن مالك الانصارى الخزرجي النجارى من بني عدى بن عبد النجار ، خادم رسول الله (ص) خدم النبي عشر سنين وكان غلاما كاتبا يوم التحق بخدمته ، وهو اخر من توفي بالبصرة من الصحابة • (أسد الغابة ١/١٢٧ـ١٢٩) وقد امتحن في زمن الحجاج بتهمة قعوده عن نصرة عثمان مع آخرين من الصحابة فختم معهم في عنقه حتى ورد عليه كتاب عبدالملك بن مروان فيه وقد علل هذا الاجراء التعسفي بأن الحجاج أراد بذلك اذلال تلك الفئة القليلة من معارضيه من الصحابة وأن يجتنبهم الناس ولا يسمعوا منهم (أسد الغابة ٢/٣٢٦٦) •

(٢)

(٣) الرفد بالكسر العطاء والصلة ، والارفاد الاعانة والاعطاء ، والرفادة شيء كانت تترافد به قريش في الجاهلية تخرج فيما بينها مالا تشترى به للحاج طعاما وزبيبا ، والارتفاد الكسب والاسترفاد الاستعانة ، والترافد التعاون (القاموس المحيط) • ورفاده قريش نوع من الاشتراكية البدائية حيث كانت القبائل والمدن الصغيرة في الشعوب القديمة تتناول الطعام على موائد عامة ،ويمكن القول ان الرفادة بمعناها هذا كانت من الواجبات الوظيفية المنوطة بزعامات الجماعات العشائرية في الجاهلية •

٣٢١ ـ ويوعز القاضي اليه في بسط الوجه ولين الكنف[1] وحسن اللفظ ورفع المؤونة ، وكف الاذية والسرعة في أمره ، بادخال كل إنسان مع خصمه اذا اذن بدخوله من غير تأخير لاحد منهما عن صاحبه باوجز بيان ، ويسهل لهما السبيل .

٣٢٢ ـ واذا كان الداخل رجلا له قدر (و) لاخصومه (له) مع احد ، وانما اتى لزيارة القاضي فينبغي للحاجب ان يتقدم بين يديه ويستقبله قبل دخوله على القاضي ، ويدخل بين يديه ينبه الجماعة على موضعه ومكانه .

٣٢٣ ـ وينبغي ان يكون دخول الحاجب على القاضي قبل جميع الناس ليعرف من حضر على الباب من الناس ثم يأذن لمن يريد الدخول عليه والحديث معه فقد روى انه كان لاياس بن معاوية موضع يجلس فيه وينظر الخصوم ويسمع كلامهم قبل الدخول عليه .

٣٢٤ ـ وسنحكي في آخر الكتاب (شيئا) من ملح قضاياه ان شاء الله .

٣٢٥ ـ وحكى شيخنا قاضي القضاة ان ابا خازم القاضي كان يقضي في الجانب الغربي ببغداد وان ابا عمرو القاضي كان يقضي في (الجانب) الشرقي فحصل في حبسهما رجل عليه دين ، وكان له قريب يخدم علي بن عيسى الوزير ، فسأله لعله يمشي في الرجل المحبوس ، فأنفذ علي بحاجب له الى ابى خازم وابى عمر يسألهما في الرجل فمنعه حاجب ابى خازم ، وكان اذا جلس الى قبل الزوال ونهض (و) غلق الباب لا يستأذن عليه لاحد من الخلق ، فحضر الحاجب فسأل البواب ان يستأذن فقال له :

ـ ما جرت العادة بذلك .

---

(١) الكنف هو الجانب والظل والناحية كالكنفة محركة ومن الطائر جناحه وأنت في كنف الله تعالى محركة في حرزه وستره . وكنف الابل والغنم يكنفها بضم لنون وكسره عمل لها حظيرة يؤويها ليها ، وكنف عنه عدل ، (القاموس المحيط) .

فقـــــال :

ـ انا صاحب الوزير ، وقد اتيت في حاجة فقال :

ـ ما جرت العادة فان كان لك شغل ترجع وقت العصر حتى تصل اليه.

فقعد الحاجب في مسجد قرب داره ، وكان يوما صائفا شـــديد الحر ، فقاسى كل اذى من الصبر ، فلما كان وقت العصر خرج البواب ورش الباب ، ودخل المسجد فقال للحاجب :

قد جلس القاضي •

فقام الحاجب ودخل على ابى خازم وعرفه ما فعل البواب من الجفاء وسوء العشرة اعتقادا منه انه يتقدم بهوانه ، فقال له :

ـ كذا جرت العادة ، وما اذن له بعد قيامي ان يستأذن لاحد فاغتاظ الحاجب، وبلغ الرسالة باحسن لفظ ، فقال له ابن خازم :

ليس هذا الرجل في حبسي فاخرجه ، وانما هو في حبس صاحب الدين فسلوه أو اعطوه حقه حتى يخرج •

فقام الحاجب أشد غضبا مما كان فقصد ابا عمر فساعةرأوه أصحابه بادر اليه حاجب ابى عمر وسائر الاعوان فاستقبلوه واكرموه ودخلوا بين يديه ، فقلم له أبو عمر وعظمه وأكرمه ، وادى الحاجب الرسالة ، فقال له أبو عمر •

ـ ذاك المولى والعضد والسمع والطاعة ، لننظر بما حبس عليـه من دفتر المحبس ، فلما وقف على ذلك قال لأمينه •

ـ لك هذا المال عن الرجل وفك حبسنا عنه ، واعتذر اليه •

فقام الحاجب مسرورا بما لقي ، وحدث الوزير بما جرى واحسن فيما بلغ عن ابى عمر ، وقبح مـا قال لـه أبو خـازم ومـا فعـل معه بغاية ما قدر عليه ، فقال علي بن عيسى :

ـ أى الرجلين اعظم •

فقـــال الحـــاجب :

ـ أبو عمر •

فقال له الوزير •

ـ أبو عمر عقل كله (وأبو خازم) دين كله ، وصدق أبو خازم فيما قال لك ، وهذا كان الواجب ان يفعل فى المحبوس •

٣٢٦ ـ وقال الشافعي :

نكره له ان يتخذ حاجبا لانه ربما منع من له ظلامة ، واذا كان كما وصفناه أمن ذلك[1] •

وقد قال لا يكره للامام ان يتخذ الحاجب فالقاضي ينبغي ان يكون مثله•

٣٢٧ ـ واذ قد ذكرنا صفة الحاجب ، وهو يتقدم فى الدخول على الوكلاء ، وجب ذكر صفة الوكلاء •

باب الوكلاء

وهذا باب نذكر فيه وكلاء القاضى وما يجب عليهم •

٣٢٨ ـ قال اصحابنا :

ـ وينبغي للقاضى ان يتخذ من الوكلاء الشيوخ والكهول من اهل الستر والعدل والعفاف ، ومن يكون مأمونا على الخصومة ، وعلى دقيق ما يجرى فيها، ولا يخضع فيمن يتوكل له « كذا » ولا يتوقف عن حجة اذا لاحت له على خصمه فانه قد اقامه مقام نفسه •

٣٢٩ ـ ولا ينبغي ان يغش موكله ولا يستجعل جعلا على حجة من خصمه، ولا يواطىء عليه فى الباطن ، فمتى فعل ذلك فقد باء باثمه وتحمل وزره والله حسبه •

٣٣٠ ـ ويقيم الحجة للصغير الذى يتكلم عنه كما يقيمها للكبير •

٣٣١ ـ وينبغي ان يكون مأمونا على الحرم ، فانه ربما يتوكل للنساء فينبغى ان يكون ممن لا يتهم بريبة فى كلام النساء •

٣٣٢ ـ ولا يتوكل فيما يعلم انه باطل ، فقد روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

---

(١) أدب القاضي للماوردى ١/٧٢ والمختصر ٥/٢٤١ والام ٦/٢٠١ والمهذب ٢/٢٩٥ •

« من خاصم فى باطل وهو يعلمه لم يزل فى سخط الله حتى يفرغ » •
وروى أيضا عن النبى صلى الله عليه أنه قال :

« من أعان على خصومه بظلم فقد باء بغضب من الله •

٣٣٣ ـ وانما اعتبرنا هذه الشرائط لان أبا حنيفة يجيز اقرار الوكيل على موكله فى مجلس الحكم •

٣٣٤ ـ وسنذكر فى كتاب الوكالة ما يجوز من ذلك ، وما لا يجوز ، ونذكر الخلاف فى ذلك •

نقد وكلاء قاضي القضاة

٣٣٥ ـ وقد شاهدنا وكلاء شيخنا قاضى القضاة رحمه الله ، وهم بالضد من هذه الصفات التى ذكرها أصحابنا ، وكان فيهم انسان يتباهى بالشر فى الخصام ، ويقول :

ـ انما ينبغي أن يتبين الوكيل بما يبصره ، وانني أكره أن أحكي صفات كل واحد منهم وما فعله فى حال حياته وانبساطهم عليه والتلاحي فى الاحكام عليه بالكتاب والمحتسبين ؟ وكان فيهم من يؤثر الوكالة وفيهم من لا يؤثر ذلك وتركها مع القدرة عليها لما رأى أحوال الناس والخليط •

٣٣٦ ـ واذ قد ذكرنا الوكلاء فلنذكر أعوان الوكلاء وأتباعهم •

باب أعوان القاضي[1]وأتباعهم

وهذا باب أعوان القاضى وأتباعه والمحضرين •

٣٣٧ ـ قال أصحابنا :

ينبغي أن يتفقد من على بابه من أصحابه وأعوانه والمحضرين ، ومن يجرى مجراهم ، ويمنعهم من المآكل الرديئة ويقوم منهم من يجب تقويمه ، ويبعد منهم من كان معروفا بالفساد والخيانة ويباعده عن بابه لان عيبهم راجع عليه وفعلهم عار عليه •

---

(١) في المخطوطة : الوكلاء •

٣٣٨ ـ واذا اطلع منهم على الفساد والخيانة ولم ينكر ذلك شاركهم فى الاثم ، وربما كان ذلك مما يوجب فسقه اذا أمرهم عليه مع قدرته على انكاره وازالته لانهم أعوان الشرع والدين فيجب عليهم أن يكونوا أعرف بالشرع وأقوم بالدين والله أعلم •

فصل

تفقد النواب

٣٣٩ ـ واذ قلنا يجب عليه تفقد الوكلاء والاتباع فتفقد الخلفاء والنائبين عنه فى المواضع أولى وأحرى •

٣٤٠ ـ ويجب أن يسأل عنهم فى السر من حيث لا يعلمون فمن انتهى اليه أنه أمين أقره وأكرمه وزاد فى الاحسان اليه وأعظمه ، وان كان بخلاف ذلك أسرع فى صرفه ، وأشهره ونادى عليه حتى لا يستعمله آخر غيره ولا يغتر به سواه ، ويصلح البعيد بالقريب واللاحق بالسابق ، وسنذكر لخلفائه بابا ان شاء الله •

٣٤١ ـ واذ قد ذكرنا الوكلاءوالاتباع فينبغيأن نذكر أصحاب مسائلهواخباره وما يجب ان يكونوا عليه من الصفات •

باب أصحاب المسائل عن الشهود

وهذا باب ذكر أحوال أصحاب المسائل عن الشهود •

٣٤٢ ـ كان الواجب أن يؤخر هذا الباب الى الموضع الذى نذكر فيه الشهود والعدالة والجرح ، لان ما يصير به الرجل عدلا ، وما يصير به فاسقا والمجهول الحال والطريق الى ذلك انما هو بأصحاب المسائل فينبغي أن يذكر هناك ، غير أن أصحاب المسائل لما كانوا فى حكم أعوان القاضى وأتباعه وحاشيته وجب ذكرهم فى هذا الموضع تبعا لما ذكرناه فى الاعوان •

٣٤٣ ـ ونذكر هناك كيفية الجرح والتعديل ، وههنا صفة أصحاب المسائل •

٣٤٤ ـ قال الطحاوى :

يجب ان يختار القاضى للسؤال عن الشهود الثقات المستورين العقلاء ، أهل الورع والامانة والصلاح والصيانة ، ومن ليس عنده على من سئله عنهم علم فلا يزال يسئل عنهم ويستخبر عن أمر من يسئل عنه من غير أن يكشفه ولا يفضحه بسوء ان وقف عليه منه •

٣٤٥ ـ وان وقف على أنه موضع للشهادة عرف الحاكم الذى سأله بما وقف عليه من أمره الذى يصلح •

قاله (الطحاوى) فى أدب الحكام الصغير له •

وقال الخصاف :

٣٤٦ ـ قال أبو يوسف : ويجوز فى التزكية سرا تزكية العبد والمرأة والمحدود فى القذف اذا كانوا عدولا ، لأنه خبر وليس بشهادة •

٣٤٧ ـ وسنذكر فى باب الجرح والتعديل ما قاله هو وغيره فى ذلك ان شاء الله •

٣٤٨ ـ وأما أصحاب الشافعي فقالوا[١] :

« ويتخذ قوما من أصحاب المسائل ليعرف بهم أحوال من جهلت عدالته من الشهود •

٣٤٩ ـ وينبغي أن يكونوا عدولا ، براء من الشحناء بينهم وبين الناس بعداء من العصبية فى تكسب أو مذهب حتى لا يحملهم ذلك على جرح عدل أو تزكية غير عدل • وأن يكونوا وافرى العقول ليصلوا بوفور عقولهم الى المطلوب ولا يسترسلوا فيسألوا عدوا أو صديقا •

٣٥٠ ـ قالوا :

ويجتهد حتى لا يحتالوا فى تعديل الشهود ولا عند (كذا) المشهود عليه

---

(١) جاء فى أدب القاضى للماوردى (٢/٥٠٥) قال الشافعي : واجب أن يكون أصحاب مسائلة جامعين للعفاف فى الطعمة والانفس وافرى العقول بعيدين ، براء من الشحناء بينهم وبين الناس والحيف عليهم أو الحيف على أحد ، وأن لا يكونوا من أهل الاهواء والعصبية والمماظة للناس •• الخ • وفى القاموس ماظطته مماظة ومماظظه ومظاظا شاررته ونازعته •

حتى لا يحتال في جرح الشهود ولا عند (كذا) الشهود حتى لا يحتالوا في تعديل أنفسهم ولا عند (كذا) المسؤلين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الاعداء في الجرح ولا الاصدقاء في التعديل[1] .

٣٥١ ـ ويجتهد أن لا يعلم أصحاب المسائل بعضهم ببعض فيجمعهم الهوى على التواطىء على الجرح أو التعديل .

٣٥٢ ـ وسنذكر كيفية الحكم بالعدالة والجرح بقول من يثبت من الشهود والجيران .

٣٥٣ ـ واذ قد ذكرنا أصحاب المسائل ، ولما كان من أعوان الحكم والحفظة صاحب السجن وجب ذكره .

باب صاحب السجن

وهذا باب ذكر السجان وما يجب ان يكون عليه :

٣٥٤ ـ اعلم ان هذا باب كان ينبغي أن نذكره عند ذكر ما يقضى به القاضي من العقوبة وهي حبس الخصم .

٣٥٥ ـ وكان ذكر السجان هناك يجب تبعا لذكر الحبس ، غير أنه لما كان ذكر السجان مع جماعة الاعوان وجب ذكره ههنا .

٣٥٦ ـ واذا فعلنا ذلك وجب ذكر الحبس وجوازه في الشرع ليصح أن يكون له حافظا .

٣٥٧ ـ والاصل في هذا الباب ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم والائمة بعده أنهم حبسوا في الديون وغيرها .

٣٥٨ ـ ونحن نذكر في هذا الباب ما ذكر فيه :

---

(١) هكذا وردت العبارة مضطربة والمراد بها كما يظهر عند الموازنة مع عبارةالماوردي في أدب القاضي (٥٠٨/١) أن على صاحب المسائل أن يجتهد فلا يسترسل في تعديل الشهود وجرحهم أي لا تركبه الغفلة فيسأل عدوا مباينا ولا صديقا مواصلا ، لان العدو يظهر القبيح ويخفي الحسن والصديق يظهر الحسن ويخفي القبيح ، وليعدل الى سؤال من خرج عن الفريقين فلم يعرف بعداوة ولا صداقة ، حتى لا يحتال لهم الاعداء في الجرح ولا الاصدقاء في التعديل .

فمن ذلك ما ذكره الخصاف باسناد عن الحسن (بن زياد اللؤلؤى) أن أناسا من اهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم • وذكر عن ••• بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه حبس فى تهمة • »

٣٥٩ ـ وعن أبى مخلد انه عليه السلام حبس رجلا من جهينة أعتق شخصا له فى مملوك حتى باع غنيمة له •

٣٦٠ ـ وعن عمر رحمة الله عليه أنه أتاه رجل بالجابية ؟ فقال :

عبدى وجدته على امرأتي

قال :

ـ أنظر ما تقول فانك مأخوذ بما تقول

فأعاد الرجل القول

فأمر عمر أبا واقد الليثي[١] فقال :

---

(١) أبو واقد الليثي الصحابى : قيل اسمه الحارث بنمالك ، وقيل ابن عوف ، روى عنه ابناه واقد وعبدالملك وجماعته ، مات سنة ثمان وستين وله سبعون سنة • وقد وردت القصة فى الموطأ فجاء فى كتاب الحدود منه :

حدثنى مالك عن يحي بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ابى واقد الليثى ان عمر بن الخطاب اتاه رجل وهو بالشام فذكر له انه وجد مع امرأته رجلا ، فبعث عمر بن الخطاب ابا واقد الليثى الى امرأته يسألها عن ذلك ، فاتاها وعندها نسوة حولها ، فذكر لها الذى قال زوجها لعمر بن الخطاب وأخبرها انها لا تؤاخذ بقوله ، وجعل يلقنها أشباه ذلك لتنزع(١) فأبت أن تنزع وتمت على الاعتراف(٢) ، فامر بها عمر فرجمت (ج ٢ ص ١٦٨ ص الموطأ) •

---

(١) نزعه من مكانه ينزعه قلعه كانتزعه ويده أخرجها من جيبه •• وعن الامور نزوعا انتهى عنها • القاموس المحيط •

(٢) قوله تمت على الاعتراف أى أصرت واستمرت لهجة حجازية ولم يزل هذا الاستعمال شائعا فى لهجة العامة فى العراق حتى يومنا هذا جاء فى بيت من شعر العامة :

تميت أحومي اعل مودك بس اروحن ورد

وابغي وصالك واروم من المراشف ورد

خذ بيده فأجنه عندك ، حتى تغدو أنت وهو عليهـا ، فانظر أحق ما قال أم باطل فعد الينا ، وقد حفرت حفيرة •

فقال لها أبو واقد :

ـ أحق أن هذا جاء عليك بأمر ينكر ؟ فان كان كذبا فلا تصدقيه • رجاء أن تتوب

فقالت :

ـ صدق ، لا والله لا أتحملها مرتين •

فأمر بها عمر رضى الله عنه فرجمت •

٣٦١ ـ وذكر غير الخصاف فى كتابه أن عمر رضى الله عنه اشترى دارا بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سـجنا ، وحبس عمر رضى الله عنه الحطيئة الشاعر فقال :

ماذا تقول لافراخ بـذى مرخ
حمر[1] الحواصل لا ماء ولا شـجر
ألقيت كاسبهم فى قعر مظلمـة
فارحم[2] عليك سـلام الله يا عمر

وحبس آخر فقال :

يا عمر الفاروق طـال حبسى ومـل مني أخـوتي وعرسى
فى حد سكر تفتريه[3] نفسى ألا ترى ضـوء شـعاع الشـمس

٣٦٢ ـ وروى عن علي عليه السلام أنه لما بنى السجن قال :

ألا ترانى كيسـا مكيّسـا بنيت بعـد نافـع مخيّسا

٣٦٣ ـ وروى عنه أنه حبس فى الدين •

---

(١) كذا فى جميع النسخ أيضا ويروى البيت أيضا : زغب الحواصل •

(٢) كذا فى جميع النسخ وقيل : فامتن •

(٣) كذا ولعلها تجتويه أى تكرهه ويقـال جويت نفسـه منـه وعنـه (القاموس المحيط) •

٣٦٤ ـ وقد كان للحسن وشريح والشعبي وابن سيرين وغيرهم من القضاة حبوس ، وهو فعل جميع القضاة والائمة من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا لا يدفع ذلك دافع ، ولا ينكره منكر ، فصار ذلك اجماعا .

٣٦٥ ـ ولا يحبس بغير حق يتوجه عليه أو تأديب يراه القاضي واجبا لانه عقوبة .

٣٦٦ ـ وقد قال أصحابنا :

اذا ثبت الدين على الغريم ببينة أو باقرار وطلب الخصم حبسه فان القاضي لا يعجل في ذلك ويأمره بالدفع[١] .

٣٦٧ ـ وان اعاده وطلب حبسه وقد أمتنع من قضائه فعل به ذلك ، وكتب له حبسه في ديوانه ، وشرح الحال .

٣٦٨ ـ وقال بعض أصحابنا ـ وهو اختيار الخصاف ـ :

الصواب أن لا يحبسه حتى يسأله ألك مال ؟ ويستحلفه على ذلك ، فان أقر أن له مالا حبسه .

٣٦٩ ـ وقد ذكر الخصاف أن عليا رضي الله عنه كان اذا أتاه الرجل بالرجل فقال :

ـ لي دين عليه

قال : أله مال ؟ ان كان أخذنا ذلك .

فان قال نعم قد أخفاه

قال : أقم البينة انه أخفاه ، والا حلف بالله ما أخفاه .

وان قال أحبسه قال : لا أعينك على ظلمه

(فان) قال فاني ألزمه قال ان لزمته كنت له ظالما ، ولا أحول بينك وبينه .

٣٧٠ ـ وقد روى أن رجلا أتى أبا هريرة بغريم له فقال : أحبسه

فقال أبو هريرة :

ـ هل تعلم له مالا فآخذه به ؟

---

(١) لان الحبس جزاء المماطلة فلابد من ظهورها (الهداية ٣/١٠٤) .

قال : لا

قال : فهل تعلم له عقارا

قال : لا

قال : فما تريد ؟

قال : أحبسه

قال : لا ، ولكن أدعه يطلب لك ولنفسه ولعياله •

٣٧١ ـ وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد يحبسه حتى يتبين عدمه ما بين شهرين أو ثلاثة فيما روى محمد بن الحسن •

وفي رواية الحسن بن زياد ما بين أربعة أشهر أو ستة أشهر[1] ثم يسأل عنه ، فاذا ثبت عدمه بمسئلة الثقات من جيرانه وأهل الخبرة واذا قالوا ماله مال نعلمه وأنا نعرف عسرته وضيق معاشه أطلق القاضي سراحه وأخرجه ولم يحل بينهما ان أراد خصمه ملازمته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف •

٣٧٢ ـ ومن أصحابنا من قال يحول بينه وبين ملازمته وهو قول الشافعي ومالك •

٣٧٣ ـ وقال أبو حنيفة أنه مؤتمن ؟ فيما يطالب به الا في المهر والكفالة وكل ما لم يأخذ به مالا فيصير به غنيا وفي المال الظاهر بقاؤه في يده فهو غني حتى يثبت عدمه •

٣٧٤ ـ واذا أحضر بينة فشهدت بالعدم قبل المدة المعروفة سمعها القاضي وأخرجه وفلّسه ، ولا تسمع قبل الحبس عند ابي حنيفة •

٣٧٥ ـ وقال الشافعي يسمع منه البينة قبل الحبس أيضا ، ويفلسه ، ولا تسمع قبل الحبس عند أبي حنيفة •

---

(١) انتقد الفقه الحنفي بعد ذلك تقدير مدة الحبس فجاء في مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر « يحبسه مدة يغلب على ظنه انه لو كان له مال لاظهره وهو الصحيح وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء من التقدير بشهرين او ثلاثة أو اربعة او خمسة أو ستة أو شهر اتفاقي وليس بتقدير حتما (ج٢ ص ١٥٣) •

٣٧٦ ـ واذا حبس وله مال أو عقار فامتنع من قضاء الدين ، قال أبو حنيفة أدعه في الحبس ولا أبيع عليه ولا أحجر •

٣٧٧ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يبيع عليه العقار وجميع أمواله فيقضى دينه ثم يخرجه من الحبس ، وهو قول الشافعي ومالك •

٣٧٨ ـ وان غاب الطالب وثبت عدم المحبوس أخذ منه كفيلا وأطلقه القاضى من الحبس عند أبي يوسف •

٣٧٩ ـ وقال محمد بن الحسن اذا طلب الطالب ملازمة الغريم بعد ثبوت الدين عليه ، وطلب المديون الحبس فللطالب أن يلازمه ولا يحبسه ، وقال محمد ان أشكل أمره حبسه وسأل بعد الحبس عنه ، وان لم يشكل سأل عاجلا وأطلقه وفلّسه •

٣٨٠ ـ قال أصحابنا :

واذا مرض في الحبس ، فان كان له من يخدمه في الحبس وهو لا يستضر به لم يخرجه ، وان كان لا خادم له وهو يستضر بالسكون فيه أخرجه وخلى سبيله[١] لان الحبس عقوبة فلا تثبت في حال المريض كالتعزير واقامة الحد •

٣٨١ ـ وقال محمد بن الحسن في ملازمة المرأة اذا طلب ذلك الطالب أمره أن يجعل معها امرأة ثقة ولا يمكنه من ملازمتها •

٣٨٢ ـ وقد قال أصحابنا :

لا يمنعه في الحبس ان يطأ جاريته ان كان الموضع خاليا ، وان كان فيه غيره يمنعه من ذلك ، ولا يخرجه الى خارج الحبس ليطأ ، لان في ذلك فك الحبس •

٣٨٣ ـ فاذا عرفت هذه الجملة وكان الحبس عقوبة لم يكن بد للقاضى أن يكون له عليه حافظا فيجب أن يكون السجان أمينا حافظا ، له يقظة ومعرفة

---

(١) قيد مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ذلك بوجوب الكفيل (ج٢ ص ١٥٥) •

بأحوال المحبسين وأعينهم فيكتب يوم دخول المحبوس اليه وصفه وما أخذ بـه ويكون عارفا بكل أحد منهم ، حتى اذا وقع اليه القاضي باطلاق رجل لم يغلط فيه ولم يخرج سواه ، ويكون صـادق اللهجـة ليعرف منه أحوال المحبسين وأمراضهم ومآكلهم ومشاربهم ومن يتردد اليهم •

٣٨٤ ـ وقد قال محمد بن الحسن ان خفت من المحبوس الهرب نقلته الى حبس اللصوص ، اذا كان ذلك مأمونا عليه ، وان لم أخف لم أنقله اليه •

٣٨٥ ـ ولا أكلف الطالب السكون معه في الحبس •

٣٨٦ ـ ويكون للنساء حبس على حدة ، وتكون عليه امرأة حافظـة برزة أمينة عارفة بأحوال النساء وما يحتجن اليه ، كمـا اعتبرناه في الرجل اذا كان حافظا •

٣٨٧ ـ وينبغي أن ينهي السجان كل يوم أحـوال المحبسين الى القاضي ، وما يجرى في الحبس •

٣٨٨ ـ واذ قد ذكرنا صفة السجان وحـافظ الحبس فلنذكر صفة بواب القاضي •

باب ذكر بواب القاضي

وهذا باب ذكر بواب القاضي •

٣٨٩ ـ اعلم أن القاضي يجوز أن يتخـذ بوابا كمـا يجوز أن يتخذ حاجبا

٣٩٠ ـ وينبغي أن يكون البواب شيخا ورعا صالحا متدينا ، لـه عفة ، وله كفاية ، ولا يكون فقيرا معترا شرها يحجب عن القاضي الخصوم ، ويدخل من لا يريد القاضي ادخاله ، ويمنع من يريد القاضي دخوله ، فهو لمراعاة الاحوال أولى ولتفقد طرائقه أحرى •

٣٩١ ـ ويكون رزقه من بيت مال المسلمين بحسب كفايته ، وكذلك سائر أعوان القاضي حتى لا يأخذ ما لا يجب أخذه ، وهم كالقاضي في ذلك لانهم فـي مصالح المسلمين ، فكما لا يجوز للقاضي أن يأخذ من أحد الخصوم شيئا فكذلك أعوانـه •

نقد بواب قاضي القضاة ومحضريه

٣٩٢ ـ وهذه صفات انما ترد في الكتب وتذكر في الالسنة ، فاما أن يكون لهذه الصفات وجود فهذا أمر كالمأيوس منه اليوم ، لان الامر يجرى اليوم في أعوان الحكم على خلاف ذلك ، فقد رأيت بواب شيخنا قاضي القضاة رحمه الله وسائر المحضرين والوكلاء يأخذون الاجر على الاحضار والفتاوى والوكالات ويوافقون على الاجر في المحاكمات •

٣٩٣ ـ وسنذكر في كتاب الوكالة من هذا الكتاب ما يجوز للوكيل أخذ الاجرة عنه ، وما لا يجوز ، وما يؤخذ من الموكل من الاجرة وما يؤخذ[1] من الموكل عليه فيطلب هناك لتجده في موضعه ان شاء الله •

باب ذكر الجلواز بين يديه وفي مجلسه

٣٩٤ ـ اعلم ان الجلواز[2] هو الذي يقوم على رأس القاضي ويدعو بين يديه اذا ركب ويقيم الخصوم اذا انتهت الخصومة •

٣٩٥ ـ وقد ذكر الخصاف أن شريحا كان على رأسه شرطي بيده سوط •

٣٩٦ ـ وذكر عمرو بن قيس قال :

رأيت رجلا قائما على رأس شريح ، وكان يقول للخصمين : ايكما المدعي فليتكلم •

٣٩٧ ـ والجلواز يأخذ الرقاع بين يدي القاضي ويوصلها اليه ، ويحد

---

(١) ما ورد بعد هذه الكلمة لا ذكر له فى النسخة المعتمدة ولم يرد فى غير نسخة منيخ •

(٢) فى لسان العرب فى مادة جلز : الجلواز الثؤرور وقيل هو الشرطي، وجلوزته خفته بين يدي العامل فى ذهابه ومجيئه والجمع الجلاوزة •

وفى مادة ثار : الثؤرور الجلواز وقد تقدم فى حرف التاء انه التؤرور بالتاء عن الفارسى •

وفى مادة تأر : تأر اتار اليه النظر أحده والتؤرور العون يكون مع السلطان بلا رزق وقيل هو الجلواز ، وذهب الفارسى الى انه تفعول من الأر وهو الدفع • وانشد ابن السكيت :

تالله لـولا خشـية الأمـير
وخشـية الشـرطى والتؤرور

قال : التؤرور اتباع الشرط •

الناس عن القاضي اذا جلس للقضاء حتى لا يسمع أحد ما جرى للخصوم •

٣٩٨ ـ وان كان الجلواز ثقة فلا بأس أن يقف يسمع ، وبعده أولى ، لان الخصوم تكون في أمور ربما كانت شنيعة بين الرجـال والنساء أو مضحكة فلا يؤمن أن يؤدى ذلك الى ما يكره •

٣٩٩ ـ وقد شاهدت قاضيا[1] على باب دار الخلافة المعظمة يقضي في دهليز باب النوبة ، والخصوم قيام بين يديـه ، وأعـوان الشرطة والعامة والهدهاد[2] يسمعون ما يجرى ويجتمعون على ذلك كما يجتمع العوام عـلى حلق المشعوذين والمساخرة ، ولا ينكر القاضى على أحد (و) منذ ثلاثين سنة وفوقها وشيخنا قاضي القضاة رحمه الله يبلغه ذلك من أعوانه على الحكم ودقيق ما يجرى فلا ينكر ذلك على خليفته ولا غيره حتى صار ذلك شرعا مألوفا يعتقد أن غيره لا يجوز •

جلواز قاضي القضاة

٤٠٠ ـ وكان له جلواز يمشي بين يديه ، ويدعو في الأسواق والطـرق اذا ركب فيقول :

ـ اللهم احرس سيدنا ، السيد الاجل الامام الاوحد قاضى القضاة ، وأدم له ظل المواقف الشريفة •

ويذكر ما يجرى هذا المجرى •

الركابية

٤٠١ ـ وبين يديه الركابية يقولون :

بروه بروه بروه[3] ! ويباعدون ويدفعون الناس عن الطريق يمينا وشمالا •

٤٠٢ـ والذى قاله الفقهاء في كثرتهم غـير الذى شاهدناه من جميع هذه الاحوال كلها ، ولعل القانون تغير !

---

(١) فى نسخة منيخ : (لا قاض واحد) •
(٢) فى القاموس المحيط ان الهدهاد هو صاحب مسائل القاضى •
(٣) بروه كلمة فارسية معناها ابتعد واذهب وانصرف •

٤٠٣ ـ واذ قد ذكرنا حكم الاتباع وسائر ما فى هذه الابواب ، وجب ذكر ما يبدأ به •

باب ما يبدأ به من النظر بعد الولاية والجلوس

النظر فى أمر المحبوسين

٤٠٤ ـ قال اصحابنا :

ويستحب للقاضى ان يبدأ بالنظر فى أمر المحبوسين وعددهم وفيما حبسوا والاوقات التي حبسوا فيها ، والاسباب التي من أجلها حبسوا ، فان الحبس عقوبة، ولعل فى الحبس من لا يجب حبسه ، أو من قد توجه على القاضى اخراجه من الحبس •

٤٠٥ ـ ويسأل كل محبوس عن ذنبه ، وما حبس لأجله لانه لايجب على الثاني أن يصدق الاول ولا السجان يعرف ما عندهم •

٤٠٦ ـ ويتقدم بالنداء في البلد بأن القاضى يريد النظر فى المسجونين ، فمن كان له على رجل حق أو في حبسه فليحضر الى القاضى فى الوقت الفلاني فيجمع بينهم وبين خصومهم •

٤٠٧ ـ فان ذكروا مايجب به الحبس حبسهم ان طلب ذلك من له حق الحبس منه ، وان لم يطلب لم يحبس •

٤٠٨ ـ وان انكروا ان يكونوا حبسوا بأمر يلزمهم الكشف[1] عن كل واحد مع خصمه ولتعاد دعواه عليه ، فان اقر له بما يوجب الحبس حبس ، وان انكر ذلك طلب البينة العادلة •

٤٠٩ ـ فان قامت بينة عليه أمره بالخروج مما شهدوا به ، وان لم يخرج منه أعلم الخصم ما ثبت ، فان طلب الحبس منه حبسه واعاده الى الحبس •

---

(١) وردت فى نسخة قليج محركة على النحو الآتى : يُلزمهم الكشف •

٤١٠ ـ وان عدم المدعى عليه البينة أو كانت غير أنها لم تزك عنده اطلق المحبوس من الحبس واخذ منه كفيلا بنفسه •

٤١١ ـ ان عدلت البينة أو صدق الخصم او قامت بينة سواها عادلة رده الى الحبس ، ان طلب الخصم ذلك[1] •

٤١٢ ـ فاذا لم يحضر للمحبوس خصم وقال انه حبس بغير حق ، وماله خصم فان القاضى ينادى اياما : من كان له على فلان بن فلان حق فليحضر ليحكم بينهمـــا •

٤١٣ ـ فان لم يحضر احد يتأنى فى اطلاقه ولا يعجل لعل الخصم غائب عنه ، ثم يأخذ منه كفيلا بنفسه ثم يطلقه •

٤١٤ ـ فان اقر المحبوس انه اقر لرجل بمال ذكره وذكر للرجل بينـــة فحبسنى احضره القاضى فان عرفه او عرفه الشهود ، أو قال المقر هذا هو ، وقد احضرت ماله عندى فقل له يأخذه ويخرجنى من الحبس ، اخذ الرجل ماله •

٤١٥ ـ ثم ينظر القاضى هل له خصم سواه ، فان لم يجد له خصما أطلقه

٤١٦ ـ وان لم يقف على حقيقة الحال اخذ منه كفيلا واطلقه ، وان اراد المقر له اخراجه من الحبس بغير اخذ مال بل رفقا به تأنى فى ذلك خوفا ان يكون محبوسا لغيره ثم يطلقه بعد أخذ الكفيل •

٤١٧ ـ وان كان لا يعرف القاضى الطالب ولا يعرفه الشـــهود ، وقال المطلوب لهذا الرجل حبست ، وهذا ماله على ، فان القاضى يأمره بدفع المال الى الطالب ، ولا يطلقه ، لجواز أن تكون حيلة من المحبوس ، ولكنه ينادى عليه أياما ثم يطلقه •

٤١٨ ـ فان قال المحبوس لا كفيل لي أو لا يجب على ذلك لانى قد دفعت ما على فمن اصحابنا من قال : يتأنى القاضى فى ذلك نحو من شهر بعد النداء ثم يطلقه ، ومنهم من قال هذا على حسب ما يراه القاضى ، ويشـــهد له الظاهر ويراه مصلحة من غير حد •

---

(١) الى هنا تنتهى عبارة نسخة منيخ •

٤١٩ ـ فان قال المحبوس :

انما حبسنى لانى اقررت بالزنا لاربع مرات وانا محصن أو غير محصن أو أقررت بشرب الخمر ليقيم على الحد فان القاضى يستأنف الامر فى ذلك ويجعل كأنه حضر الان ، فاذا اقر بالزنا أربع مرات على ما يعتبر فى المرات من خلاف اصحابنا فمنهم من يقول أربع مجالس من مجالس القاضى ، ومنهم من قال اربع مجالس من مجالس المقر ، يذهب ويجىء فيقر على ما سنذكره فى كتاب الحدود ان شاء الله من اعتبار الاربع عندنا • وعند الشافعى ، ونذكر حكم الاقرار والشهادة على الحدود ان شاء الله ، فانه يقيم الحد عندنا فى الزنا •

٤٢٠ ـ أما الشرب فلا يقيم الا ان يكون ريحها يوجد منه فى الاقرار والشهادة ، وان كان قديما (لم) يأخذه به ، ويكون ذلك حدا لكل ، قذف تقدم ذلك •

٤٢١ ـ فان أقر المحبوس بقطع طرف رجل عمدا ، أو حضر المقر لهوطلب القصاص (اقتص) •

٤٢٢ ـ وكل حق يقر به المحبوس لغيره وهو حق صحيح عند القاضى يلزمه الحكم والخروج اليه وابتغائه منه فان القاضى الثاني يستوفيه منه ويأخذه به

٤٢٣ ـ ولو أقر بما لا يجب به عنده ضمان ولا عقوبة ولا قود ولا دية بان يكون مذهبه بخلاف مذهب الاول فى ذلك لم يأخذه به ، الا أن يكون الاول قد قضى فيه ، وهو مما لا ينقض حكمه به لانه غير مخالف للاصول التىيجب رده اذا خالفها •

٤٢٤ ـ وسنذكر ذلك في الباب الذى ينقض فيه قضاء القاضي اذا قضى به ان شاء الله •

فصـــل

النظر في أمر الوقوف

٤٢٥ ـ فاذا فرغ من أمر المحبسين وقبض الديوان وما ذكرناه ، نظر بعد ذلك فى امر الوقوف .

٤٢٦ ـ وينبغي للقاضى بعد ذلك ان يأمر مناديه فينادى على بابه :

الا أن القاضى يقول لمن كان يتولى شيئا من أموال الوقوف والايتام والودائع والامناء من قبل القاضى فلان الميت أو المعزول على مال صغير أو كبير محجور عليه او غائب او غير ذلك مما ينظر فيه القاضى فليتوجه الينا ، ولا يقصر أحد فيما أمر به من الحضور فى البلد وليحضر ولا يتأخر الامن له عذر ، وليبلغ الشاهد الغائب .

٤٢٧ ـ فاذا حضروا عنده نظر فى احوالهم ، وصحح ما بايديهم ، فمن أحب ان يقره على نظره اقره ، وان رأى صرفه صرفه .

٤٢٨ ـ والمستحب له ان يجرى فيهم بسنة الاول ان كان حسن السيرة وأن لا يستبدل بهم ان كانوا ثقاةً ، بل يجريهم على ما هم عليه .

فصـــل

قبول قول القاضي المعزول

٤٢٩ ـ ويقبل قول القاضى المعزول ، ومن تحت يده المال فيما يقر به ويصرفه الى الوجه الذى يذكره القاضى ان كان تحت يده وان كان في يد غيره اعتبر تصديق ذلك الغير .

٤٣٠ ـ واذا قال الامين دفعته الى القاضى المعزول ولا اعلم لمن هو ، فان القاضى الثاني يقبل قول الاول المعزول فى المال ويسلمه الى من قال .

٤٣١ ـ وهذا حكم الاموال والعقارات والعروض كلها لان هذا كله فى يد القاضى اذا اقر الامين انه هو الذى سلمه اليه •

فصـــــل

اختلاف المعزول والذي بيده المال

٤٣٢ ـ قال اصحابنا :

اذا اختلف المعزول والذى بيده المال فقال المعزول هو لفلان ، وقال الامين بل هو لفلان ، انسان آخر ، فالقول قول الامين الذى فى يده المال ، لانه فى يده (و) ليس فى يـد القاضى فـلا يقبل قوله ، وقيـل قـول الامين لا يقبل •• وهذا اذا انكر الامين دفع القاضى اليه •

٤٣٣ ـ وان قال : دفعه القاضى وقال لى أنه لفلان ، وقال القاضى بل هو لانسان آخر ، فالقول قول القاضى ، ومن فى يده المال بمنزلة الشاهد •

فصـــــل

٤٣٤ ـ وان كان المال فى يد الامين ، فقال الامين ما فىيدى لفلان بنفلان دفعه الى القاضى ، وقال انـــه له ، فقال القاضى بل هو لفلان لانسان آخر ، فـان الامين يدفع المال الى الذى أقر له به ، ويغرم مثل ذلك للذى ذكره له القاضى لانه اعترف بأنه اخذه من القاضى فعليه رده اليـــه ، لانه سلمه اليـــه بقوله واقراره انه له •

فصـــــل

٤٣٥ ـ واذا قال القاضى المعزول : عند فلان عشرة الاف درهم لابن فلان اليتيم من ابيه فهى لليتيم اذا لم يدع ذلك باقى الورثة •

٤٣٦ ـ وان كذب باقى الورثة القاضى المعزول فالمال بينهم ، ولا يقبل قول القاضى ولا الامين على الورثة .

٤٣٧ ـ وكذلك الضياع والعروض .

٤٣٨ ـ ويستحلف الورثـــة لليتيم عـــلى ما يجب عليهم ، ولا نعرف فى ذلك خلافا .

٤٣٩ ـ ولو كان القاضى المعزول اشهد على نفسه فى صك مكتوب انه قسم المال بين الورثة وهذا حصة اليتيم والكتاب موجود فان هذا حكم على الورثة ، وكان المال لليتيم .

٤٤٠ ـ وان كان القاضى قال هذا المال لليتيم ولم يقل انه حصة من الميراث فهو لليتيم ، وليس لباقى الورثة من ذلك شىء ولا خصومة بينهم وبين القاضى ، ولهم خصومة اليتيم بعد البلوغ .

فصـــــل

٤٤١ ـ ولو قال القاضى المعزول :

ثبت عندى بشهادة الشهود ان فلانا وقف الضيعة المعروفة بكذا على جهـة كذا وانى حكمت بذلك وجعلتها وقفا على يد فلان لينفق دخلهـــا على سبيلها ، وصدقه الامين وورثة الموقف امضى القاضى الثانى اقرار الورثة .

٤٤٢ ـ وكذلك ان قامت بينة على حكم المعزول بذلك .

٤٤٣ ـ وان جحـد الورثة ذلك ولا بينـــة استحلفوا على ذلك وردت فى المـيراث .

٤٤٤ ـ وان قال القاضى : هذه هى صدقة ووقف وصدقه الامين ولم يـزد على ذلك فهي على ما قال ولا يكلف المعزول التفسير .

محاسبة الأمناء

٤٤٥ ـ واذا حوسب الامناء عـلى ما فى أيديهم من أموال اليتامى ، فمن كان القاضى أقامه قبل قوله فيما يقبل فيه قول الوصى •

٤٤٦ ـ ومن لم يقمه القاضى وصيا ، وانما جعله قيما فى الضيعة وقابضا وان ينفق على اليتيم فى كل شهر كذا قبل قوله فيما يدعى من النفقـة على الضيعة اذا كان مثل ذلك ينفق فى المدة ، وفيما صار فى يده من (الاثمار) والاثمان •

٤٤٧ ـ وان اتهم أحد منهم استحلفه على ما نرى •

ادعاء الأمين الأجر

٤٤٨ ـ قال أصحابنا :

ولا يقبل قول الامين ان القاضى المعزول فرض له أجرا على ذلك الا ببينـة (تشهد) أن المعزول فرض له ذلك •

٤٤٩ ـ وان كان قد أخذ من ذلك شيئا رده على اليتيم •

٤٥٠ ـ واذا لم يكن للامين بينة على أن المعزول أقامه وصيا وقيما لم يقبـل قولهم ولزمهم رد ما ادعوا انفاقه فى العمارة وغيرها من المال •

فصـــــل

٤٥١ ـ قال أصحابنا :

واذ أقر أحد الامناء أن الضيعة التى فى يده لليتيم ، وان فى يده من دخلها كذا ولم يقل بعت ولا أنفقت شيئا ، فالقول قوله فيما أقر بـــه ، وللقاضى المولى احلافه ان رأى ذلك •

فصـــــل

٤٥٢ ـ قال أصحابنا :

واذا قال القاضي المولى أدوا حساب جميع ما جرى في أيديكم سنة سنة ، لجميع الامناء أو لبعضهم فقالوا قد حاسبنا القاضي المعزول الى وقت كذا وأبرأنا وأتوا على ذلك بينة قبل ذلك منهم وحاسبهم على ذلك في المستقبل •

فصـــل

٤٥٣ ـ وان قالوا نخشى أن نقر لك فيلزمنا اقرارنا ، ولا بينة لنا على ما فعل القاضي معنا وفعلنا والذي بأيدينا انما هو كذا وكذا لم يكن للقاضي أن يحملهم على الاقرار ، وينظر في هذا بما هو الاصلح ، فمن كان معروفا بالامانة قبل قوله ، وان كان مُدغلا[١] طالبه بالتفسير[٢] •

٤٥٤ ـ وله أن يستحلف الامين منهم على ما يرى •

٤٥٥ ـ قال الخصاف :

والقياس في الامناء واحد : أن يقبل قولهم على ما في أيديهم مع الايمان ، وذاك ان من في يده شيء فالقول قوله فيه •

فصـــل

٤٥٦ ـ وهذا حكم الامناء والقاضي اذا كان معزولا واذا كان ميتا ، فيسئل القاضي في الامناء والمحبسين وقبض الديوان على ما ذكرناه على سواء ، الا فيما تحت يد الميت من المال فانه يحتاج الى اقرار الورثة أو شهادة الشهود ، ولا يقبل قول أمين ولا وصي أنه كذلك بغير بينة تشهد له ، لان الاصل عدم ذلك •

٤٥٧ ـ واذا أقام بينه على الوصية والامانة فان كان عدلا قويا أقره على

---

(١) الدغل محركة : دخل في الامر مفسد ، والشجر الكثير الملتف ، ومدغل كمحسن ذو دغل وادغل غاب فيه وبه خانه واغتاله ووشى به ، وفي الامر ادخل ما يفسده ، والداغلة الحقد المكتتم ، والقوم يلتمسون عيبك وخيانتك ودغل فيه كمنع دخل دخول المريب والدغاول الدواهي بلا واحد وغلط فيه الجوهري فقال الدواغل ، والدغيلة كسفينة الدغل • القاموس المحيط • مادة دغل •

(٢) رجع السمناني في هذا الى ادب القاضي للخصاف •

الوصية ، وان كان فاسقا لم يقره على الوصية ، عند الشافعى ، لان الوصية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية •

٤٥٨ ـ وعند أصحابنا يقر على الوصية اذا تاب ويصح ، كما يقر على الوكالة ، وكما يقر على التصرف فى مال نفسه •

٤٥٩ ـ فان كان عدلا ضعيفا لا يقوم بها ضم اليه غيره ليتقوى به ، وهذا قولنا ، وقول الشافعى فى الذى لا يضطلع بما وصي به •

٤٦٠ ـ قال الشافعي :

واذا أنفذ القاضى الوصية لم يسئل عن عدالته لان الظاهر أن القاضى الاول لم ينفذ الا وهو عدل •

٤٦١ ـ وهذا قولنا أيضا •

٤٦٢ ـ فان كان وصيا فى تفرقة ثلثه ، فان كان لم يفرقه فالحكم فى اقراره على الوجه الذى ذكرناه •

وان كان قد فرق الثلث :

فان كان عدلا لم يلزمه شيء بالانفاق وان كان فاسقا فان كانت الوصية لمعين لم يلزمه شيء لانه دفع الموصى به الى مستحقه وان كان لغير معين لم يلزم لانه دفع الى مستحقه كما لو كانت لمعين •

٤٦٣ ـ وهذا قولنا وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعى ، والوجه الاخر لهم أنه يغرم ما فرقه ، قالوا لانه فرق ما لم يكن له تفريقه كما لو فرق ما لم يسند اليه ، وهذا لا يصح ، لان ما لم يسند اليه يلزمه الغرم فى الوكالة فيلزمه فى الوصية وما فوق الا ما جعل اليه •

في الضوال

٤٦٤ ـ ثم ينظر بعد ذلك فى أمر الضوال ، ومال من ليس بحاضر ، لانه لا حافظ من الناس ، فعليه حفظه والقيام به ، فهذا حكم هذه الاموال والنظر فيها•

٤٦٥ ـ وأما أحكام الخصوم والنظر فيالدعاوى فقد أخرنا ذلك الىالمواضع

التي تستدعيها والمسائل والكتبة وهناك نذكر كيفية أخذ الرقـاع[1] وتقديم بعض الخصوم على بعض وترتيب القاضي والخصـوم والشهود والو ئلاء لان ذكره في موضعه أليق ، وان كان الطحاوى والخصاف وغيرهما قد ذكروا هـذه الابواب المؤخرة في أوائل كتبهم ، ولم يرتبوا الكلام فيها على ما رتبناه نحن •

٤٦٦ ـ واذ قد ذكرنا ما يبتدأ به من النظر وكان له ان ينظر فيذلك بنفسه، وله أن ينظر في ذلك بغيره وجب ذكر أحوال النيابة عنه •

باب النيابة في القضاء

٤٦٧ ـ وهذا باب يذكر فيه حالة النيابة عنه وما قيل في ذلك •

٤٦٨ ـ اعلم ان أصحابنا قالوا لا يجـوز أن يستخلف رجـلا يحكم بين الناس ، الا أن يكون الامام الذى ولاه قد جعل اليه ذلك ونص عليه فيجوز ذلك وان نها ، لم يجز له أن يستخلف أحدا •

٤٦٩ ـ وهو عندنا بين أن يطلق القول ولا يقيده وبين أن يسكت عن ذكر النيابة ، في أنه لا يجوز له أن يستنيب لانه نائب عنه فيتبع أمره ونهيه •

٤٧٠ ـ وقال أصحاب الشافعي : اذا لم يأذن له وله ينهه نظرت فان كـان ما قلدهيقدر أن ينظر فيه بنفسه ففيه وجهـان أحدهما وهـو قول أبي سعيد الاصطخرى أنه يجوز أن يستخلف لانه ينظر في المصالح فجاز أن ينظر بنفسه وبغـيره •

والثاني قالوا وهو المذهب أنه لا يجوز له ، لان الذى ولاه لم يرض بنظر غـيره •

---

(١) الرقاع جمع رقعة اى عريضة الدعوى وصكوك الدين جاء في لسان العرب الرقعه واحدة الرقاع التى تكتب •

(١) في مجمع الانهر (لا يستخلف قاض) على القضاء ولا ينفذ قضـاء خليفته ولو مريضا ، وقال الطحاوى انه نافذ فلا يبطله حـاكم اعتبارا بالحكم (ج ١ ص ١٦٠ منـه) ومن هـذا يفهم ان في المذهب الحنفى قولا متأخرا اجاز النيابة •

٤٧١ ـ وان كان ما ولاه لا يقدر أن ينظر فيـــه بنفســه لكثرته جاز أن يستخلف فيما لا يقـــدر عليـــه لان تقليـده لما لا يقدر عليه بنفسه اذن له فى الاستخلاف فيما لا يقدر عليه ، كما أن وكيـــل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه أذن له فى استنابة غيره .

٤٧٢ ـ وهل له ان يستخلف فيما يقدر عليـــه أن ينظر فيه بنفسه ؟ ففيه وجهان : احدهما ان له ذلك لانه من جـــاز ان يستخلف فى البعض جاز ان يستخلف فى الجميع كالامام . والثاني لا يجوز ، لانه لما أجيز له ان يستخلف فيما لا يقدر عليه للعجز فوجب ان يكون مقصورا على ما عجز عنه .

تقييد القاضي بسماع الأدلة والبينات

٤٧٣ـ قال أصحابنا :

ولو استخلف رجلا فقضى بين الناس لم يجز قضاؤه ، وان رفع الى غـيره أبطله ، ولا ينفذ ذلك بحال ، وان كان الخليفة قد أمره أن يسمع من الخصوم ويثبتوا عنده البينة والاقرار[1] ولا يقطع حكما فذلك على ماجعله لايتجاوزه ، ثم يرفعه الى القاضى فيكون هو الحاكم بما يصح عنده من ذلك .

٤٧٤ـ وللقاضى أن يفعل مثل ذلك اذا جعل اليه الاستخلاف .

٤٧٥ ـ وقد كان شيخنا قاضى القضاة رحمه الله لا يجعل الى القضاة سماع بينة ولا حكم ويطالعونه بما يثبت ثم يتقدم بفصل الحكم اليهم أو بالشهادة عنده (فيما)[2] جرى ، وكذلك قضاة السواد ، وكان يفعل معهم ذلك وكان يشـــهد

---

(١) فى المخطوطة المعتمدة ويثبت الاقرار .

(٢) زيادة يقتضيها سياق الكلام .

عند خلفاءه بالاستفاضة وعند المعدلين ثم يتقدم بفصل الحكم اليهم أو الشهادة عنده بما جرى ثم يتوسط الحال على الخصوم .

٤٧٦ـ قال أصحابنا :

وان كان الشهود عند خليفته قد غابوا أو ماتوا ، فأعلمه خليفته بحالهم لم يقبل ذلك ، ولم يحكم حتى يعيدوا الشهادة اذا لم يجعل لهم بت الحكم .

٤٧٧ـ وكذلك الاقرار اذا غاب المدعى عليه أو جحد الاقرار لم يقبل من خليفته انه أقر عنده الا أن يأتي معه من يشهد بذلك فيقبل القاضى ذلك على سبيل الشهادة .

شروط الاستخلاف

٤٧٨ ـ واذا جعل الامام له أن يستخلف فى القضاء فله أن يستخلف كل من يجوز للامام أن يستقضيه ، ولا يجوز له أن يستخلف فى القضاء من لايجوز أن يكون قاضيا .

٤٧٩ـ وقد ذكر ابن الاصبغ[1] فى شروطه وكان صاحبا لابي الحسن الكرخي رحمه الله انه لايجوز له أن يولى ابنه القضاء ، وقال غيره ولا من لاتجوز شهادته له ، وجعل ذلك كالوكيل لايجوز أن يبيع بمطلق الوكالة من ابنه ولا أبيه ولا من لاتجوز شهادته له عند أبي حنيفة .

٤٨٠ ـ وقال الطحاوى فى ادب الحكام الصغير له : « وله ان يستعمل أباه واخاه وجميع ذوى أرحامه ، اذا كانوا عنده ثقاة فيما أسنده اليهم ، ويحتاط فى جميع من يستعمله ممن يكون أحوط عليه واعود بصلاحه فيما حمله واكتسبه من الثواب وسلمه من التبعات فى الدنيا والآخرة».

٤٨١ـ وقال الشافعي :

« وله ان أراد أن يستخلف فى عمله والده أو ولده جاز ، لانهما يجريان

---

(١) فى نسخة منيخ : الاصبغ .

مجرى نفسه ، ثم يجوز أن يحكم فى أعماله فجاز أن يستخلفهم فى الحكم فى ذلك » •

٤٨٢ ـ قـال :

واذا فوض الامام الى رجل أن يختار قاضيا لم يجز أن يختار والده ولا ولده لانه لايجوز له أن يختار نفسه •

وهذا قولنا أيضا فى الاختيار •

٤٨٣ـ وان صير له الامام أن يختار ولده أو والده جاز ذلك بالاتفاق •

٤٨٤ـ واذ قد ذكرنا جواز النيابة عنه فهل يجوز أن يقف الحكم على اجازته أم لا ؟

باب وقوف الحكم على إجازته

٤٨٥ـ اعلم ان أصحابنا قالوا :

يجوز أن يقف الحكم على اجازة حاكم البلد اذا كان حكم الحاكم بـه لاينفذ ، فقالوا لو أن الخليفة لم يجعل الى القاضى أن يستخلف فاستخلف رجلا فحكم لم يجز ذلك الحكم ، فان أجازه القاضى وانفذه جاز اذا كان الحاكم به ، ممن لو كان حاكما نفذ حكمه ، وان كان ممن لايجوز حكمه لم يجـز بأجازته وكان باطلا وجعلوا ذلك كسائر العقود الموقوفة على الاجازة •

العقد الموقوف

٤٨٦ ـ وقالوا : كل عقد لو تقدم عليه الاذن نفذ اذا تأخر عنه الاذن انعقد موقوفا على من له حق العقـد •

٤٨٧ـ فجعل القضاء مثل ذلك ، واعتبروا صفة الحاكم كما اعتبروا صفة العاقد أن يكون من أهل العقد والمعقود له من أهل العقد والمحل قابلا للعقد •

٤٨٨ـ وقال الشافعي : لاينعقد شيء من العقود موقوفا على الاجازة ، واجاز أن ينعقـد الاذن موقوفا على العقـد ، فاذا وجد العقـد لزم ، واجاز أن يقف

الايجاب على القبول والوصية على القبول بعد الموت ، وجوز لزوم البيع على المجلس ومدة الخيار ، واوقف احكاما كثيرة على الصلح من المدعين .

٤٨٩ـ وسنذكر فى النكاح والموت ما قال من ذلك ان شاء الله .

٤٩٠ـ واذ قد ذكرنا جواز ولاية القاضى ، وما يصح به وما لايجوز له ان يستخلف فيه ، وجب أن يذكر ما يبطل ولايته .

تصرف القاضي بعد الفسق

باب ما يبطل ولاية القاضي والإمام

٤٩١ـ اعلم ان القاضى يتصرف بأذن الامام كما يتصرف الوكيل بأذن الموكل ، فله أن يبطل ولايته فيما ولاه ، وهذا قول أصحابنا ان للامام عزل القاضى عن القضاء كما للموكل عزل الوكيل .

٤٩٢ـ وقال أصحاب الشافعي :

ليس للامام أن يعزل (القاضى) عن القضاء ، ولا ينعزل بعزله ، وانما ينعزل اذا فسق وخرج عن الصفة التى يصلح أن يكون قاضيا .

٤٩٣ـ وقال الفريقان : اذا فسق بطلت ولايته بالفسق ، وكذلك الامام تبطل امامته[1] .

٤٩٤ـ وقال القدوري رحمه الله فى خلافه ان من أصحابنا من قال : تصرف القاضى بعد الفسق جائز حتى يخرجه الامام من القضاء ، حكاه عن بعض أصحابنا .

---

(١) من هذا يتبين ان قواعد الدستور الاسلامى مبنية لا على المصلحة وحدهاولكن على مكارم الاخلاقايضا ولذاكان الفسق سببالبطلان الامامةوالقضاء.

بطلان الولاية بطرؤ العمى

نقد القول بصحة تصرف القاضي بعد فسقه

٤٩٥ـ ولو جاز أن يبقى مع الفسق على القضاء لجاز ان يولي الفاسق ابتداء مع العلم بفسقه وقد اجمعوا على انه لا يجوز أن يولى فاسق لا يؤمن فعله ولا قوله ولا حكمه واذا لم تجز شهادة الشاهد مع الفسق فكيف يجوز حكم الحاكم مع الفسق ؟

٤٩٦ـ وتبطل ولاية الامام والقاضى اذا عمى لانه لا يصح له معرفة مايحتاج الى نظره فهو كزوال العقل .

٤٩٧ـ وهذا قول أبي حنيفة ومحمد فى الشهادة أيضا انه تبطل شهادته اذا عمى .

٤٩٨ـ ومن أجاز شهادة الاعمى يلزمه جواز قضائه وان يكون لايبطل قضاءه ، وهذا قول شريح والشعبي والزهري والقاسم بن محمد ويحي بن سعد ، وهو قول ابي يوسف وابن ابى ليلى فى الشهادة .

٤٩٩ـ ويبطل ولاية الجميع زوال العقل لانه يمنع التكليف، فيمنع الولاية.

بطلان الولاية بالنسيان

٥٠٠ـ وكذلك يبطل ولايته نسيانه العلم على قول من جعل ذلك شرطا في الصحة .

ردة القاضي والإمام

٥٠١ـ وتبطل ولاية القاضى والامام اذا ارتدا عن الدين لان ردتهما توجب زوال ملكهما عن مالهما ويحل دمهما .

عزل نفسه

٥٠٢ـ وتبطل ولايته اذا عزل نفسه هو عن القضاء وكذلك الامام ، كما تبطل الوكالة اذا عزل الوكيل .

بطلان ولايته باستحقاق رقبته

٥٠٣ـ وتبطل ولايته باستحقاق رقبته لغيره لان المملوك لايملك الولاية وان ملك ، وليس من حيث جاز أن يكون العبد وكيلا يجوز أن يكون قاضيا ، لان الكافر يجوز أن يكون وكيلا ولا يجوز أن يكون قاضيا •

وسنذكر في الشهادات حكم شهادة العبد ان شاء الله •

سقوط ولاية الإمام بأسره

٥٠٤ـ واذا أسر الامام وحصل في دار الحرب وتعذر على الناس الوصول الى اذنه جاز لهم نصب غيره ، وسقط عنهم حكم ولايته •

٥٠٥ـ وقد بينا مايتفق فيه الامام والقاضي ويفترقان من الصفات في باب متقدم فلا معنى لذكره ههنا •

طرؤ الخرس

٥٠٦ـ وتبطل ولايته بالخرس الذى لايتبقى معه كلام ، ولا يقضي بالاشارة ومن أجاز شهادة الاخرس يلزمه جواز قضاءه •

القاعدة فيما يطرؤعلى القاضي من الأحوال

٥٠٧ـ واتفق أصحابنا ان كل صفة لو كان عليها لم يصح أن يتولىالحكم اذا صار اليها يبطل حكمه فيما يستقبل •

٥٠٨ـ وكذلك الشهادة وهذا كالجنون والخرس وزوال العقل والفسق •

٥٠٩ـ واختلفوا في العمى فأجاز أبو يوسف في الشهادة ماشهده وهو بصير أن يشهد به وهو اعمى ، او حمله غيره الشهادة وهو كذلك انه يجوز له أن يشهد شاهد الفرع بها وهو أعمى •

٥١٠ـ واتفقوا على أنه اذا مات لاتبطل شهادته التي شهد بها ، وكـذلك حكمه الذى حكم به •

٥١١ـ وقد ذكرنا حكم موت القاضى فلنذكر مايترتب عليه •

باب موت القاضي

وهذا باب موت القاضي والإمام

٥١٢ـ اعلم ان أصحابنا قالوا :

اذا مات الخليفة أو خلع ، وله قضاة قد ولاهم ، فأنهم على ما كانوا عليه نافذة أحكامهم ماضية قضاياهم ، لان القضاة قوام المسلمين واعوان الدين ، وهو عقد ماض على المسلمين فلا يبطل بموت من عقدة ، كما ان الامامة لا تبطل بموت أهل الحل والعقد •

فحكم القاضى فى الولاية حكم اهل الحل والعقد • وكما لاتبطل ولاية الامام بموت من ولاه فكذلك لاتبطل ولاية القاضى اذا مات من ولاه ، وكذلك قاضى القضاة اذا مات لاتبطل ولاية قضاته بموته ، كما لاتبطل ولايته بموت الخليفة الذى ولاه •

٥١٣ـ ولا اعرف فى هذا خلافا بين العلماء لان العلماء على قولين : منهم من قال ليس للخليفة أن يعزله بعد ولايته بقوله ، ومنهم من قال له ذلك وهم أصحابنا •

وفى الموت نصوا على أنه لاتبطل ولايته •

٥١٤ـ وسمعت شيخنا قاضى القضاة رحمه الله يقول :

ـ « فى الناس من يقول تبطل ولايته بموت الخليفة » • ولم أر ذلك فى كتاب فأحكيه وليس من حيث بطلت الوكالة بموت الموكل ينبغي أن تبطل

ولاية القاضى ، لان الوكالة ان بطلت بالموت لانها مستفادة بألاذن ، فالوصية تصح بعد الموت بالاذن ، والقضاء بالوصية أشبه منه بالوكالة •

٥١٥- واذ قد ذكرنا موت القاضى فلنذكر حكم العزل له •

باب عزل القاضي وخلع الإمام

وهذا باب عزل القاضى وخلع الامام •

٥١٦- اعلم ان حكم قضاة الامام بعد خلعه حكمهم بعد موته نافذة احكامهم جائزة قضـــاياهم •

متى يخلع الإمام

٥١٧- والامام انما يخلع اذا ارتكب من الامور مالا يجوز أن يبتدىء له معه ولاية ، ولانه نائب عن المسلمين ، يستوفي ماوجب لهم من الحقوق ويوفيهم مايجب لهم ، ويستوفي منهم مايجب استيفاؤه لله تعالى ، فهو الامين ، والذائد عن الدين ، فاذا جار واعتدى وتمرد واحتوى على الاموال وجب على أهـل الدين وعلى المسلمين خلعه ومنعه والاستبدال به ، وبهذا جرت عادة المسلمين فيمـــن خرج عن الطريقة ولم يستقم بهم فى السـيرة •

متى يمتنع خلع الإمام

٥١٨- ولا يجوز خلعه بغير ذنب ، ولا الاستبدال به من غير جرم لانـــه الحافظ الامين ، فالخروج عليه بغير سبب كالمخالفة للرسول صلى الله عليه وسلم والخروج عليه •

الفرق بين عزل القاضي وعزل الإمام

٥١٩- فان قيل : قد قلتم أن للامام عزل القاضى من غير سبب يوجب العزل،

فقولوا للامة نصب امام من غير سبب وعزل الاول ، قيل ان القضاء يقع مخصوصا بين الناس ، ويجوز أن يقضي بين الفين واهل بلدة ، فاذا خربت أو انتقل اهلها لم يجز قضاؤه على غيرهم ، وكذلك اذا مات الخصمان الذان على الامام الحكم بينهما لم يجز له أن يقضي على غيرهما ، فكان مقصورا على الاذن •

والامامة بخلاف ذلك لا تخصص بالتخصيص والبقاع ، ولا يجوز ان يشترك امامان في النظر في الامة فهذا فرق مابينهما •

أقضية القاضي قبل عزله

٥٢٠ـ واذا عزل الامام القاضي فأحكامه نافذة وقضاياه ماضية ، حتى يصله كتاب العزل وشهادة الرسول بذلك ، فحينئذ لاينفذ له حكم في المستقبل •

تصرفات الوكيل قبل العزل

٥٢١ـ وكذلك قال أصحابنا في الوكيل هو على وكالته وتصرفه جائز الى أن يرد عزله اليه أو يشافهه بذلك الموكل •

متى يعزل الوكيل نفسه

٥٢٢ـ وكذلك الوكيل ليس له عزل نفسه بغير علم الموكل •

٥٢٣ـ وقد خالفنا الشافعي في الفصلين جميعا وقال لكل واحد منهما أن يعزل هذا العزل الوكيل ، والوكيل يعزل نفسه ، وقال في عزل القاضي بخلاف ذلك أنه لايملك الامام عزله •

فصـــــل

ما يدعى على القاضي بعد العزل

٥٢٤ـ واذ قد ذكرنا جواز عزل القاضي ، وجب أن نذكر مايدعى عليـه بعد العـزل •

٥٢٥ـ قال أصحابنا :

واذا ادعى رجل على القاضى المعزول انه قتل ابنه وهو قاض ، أو اخـــذ ماله ، أوأرضه ، أو مافي يده ، أو شيئا ذكره من العقود والطـلاق والعتاق ، وانك فعلت بي ذلك ظلما وتعديا فقال القاضى :

قامت عليك البينة عندي بما فعلت ، او اقررت بذلك لمن حكمت له بمـــا حكمت ، فالقول قول القاضى المعزول ، ولا يمين عليه فى ذلك كائنا ماكان ذلك، ولا تقبل بينة يقيمها على ذلك •

٥٢٦ـ ولو قال الطالب للمعـــزول :

ـ ما أقر ابني عندك ، ولا قامت عليه بينة انه فعل مايجب به القود ، وحضر الرجل الذى ذكر المعزول انه قضى له بالقود والحق وكذب القاضى في ذلك ، وقال لم يقر لي عندك ، ولا قامت بينة بذلك ، فالقول قول المعزول فى ذلك ، ولا يسئل عليه اذا كان المدعى يقر أنه فعل ذلك وهو قاض •

٥٢٧ـ وكذلك سائر الحقوق اذا كانت مستهلكة ليست بقائمة •

٥٢٨ـ وان كانت دارا أو عقارا فقال المدعي :

ـ اخرج هذا القاضى من يدى هذا الشيء ودفعه الى هذا ظلما فقال القاضى: كانت عليك بينة أو اقرار فلا شيء على القاضى فى ذلك •

٥٢٩ـ واما ما هو فى يده فان صدق القاضى أنه حكم له بهـذا الشيء لم يقبل قوله ، ولا قول المعزول ودفع الى الطالب ، الا أن يقدم بينة انه قضى بـــه و « هو قاض » •

٥٣٠ـ وهذا حكم كل شيء قائم في الحال •

٥٣١ـ وان قال الذى فى يده الشيء :

هذا لي ، وما حكم به هذا أبدا لي ، فالقول قول من في يديه الشيء ، ولا يقبل قول الخصم ولا القاضى فى ذلك •

ولا ضمان على القاضى لانه يقول حكمت بالحق اللازم ، فلا شيء عليه •

٥٣٢ـ وكل موضع اعترف الذى فى يديه الشيء انه اخذه بالحكم فـأنه يرد على الطالب آلا ان يقيم بنية على الحكم •

٥٣٣ـ وان كان الشيء مستهلكا فالقول قول الذى هلك فى يديه ، وقول القاضى المعزول ، ولا ضمان على واحد منهما •

٥٣٤ـ وانما لم يقبل اقرار القاضى بعد العزل لانه لا يملك انشاء الحكم بذلك فلا يملك الاقرار اذا كان قائما ، وليس عن أصحابنا نص أن يكون فـى ذلك بمنزلة الشاهد ، الا ما حكيناه فى خليفتـه الذى لم يجعـل له استخلافه ، انه لايقبل منه الا أن يأتي معه من يشهد بذلك ، فيقبل قوله مثله ؟

٥٣٥ـ واختلف أصحاب الشافعي فى ذلك :

هل يكون بمنزلة الشاهد ؟ على وجهين :

أحدهما يكون بمنزلة الشاهد ، لانه ليس فيه اكثر من أن يشهد على فعل نفسه ، وهذا لايوجب رد شهادته ، كما اذا قالت المرأة : ارضعت هذا الفتـى، وهذا قول الاصطخري •

والثاني أنه لايكون شاهدا فيه لان شهادته لنفسه بالحكم تثبت له العدالة وهذا ينبغي أن يكون قولنا •

فصـــــل

كتب المعزول تصل بعد العزل

٥٣٦ـ وما كتبه قبل العزل من الكتب الحكمية فوصل الى المكتوب اليه بعد العزل ، لم يقبله ، ولم يحكم به ، وهو بمنزلة الكاتب اذا مات لم تقبل كتابته•

٥٣٧ـ وقال الشافعي تقبل ، كما تقبل اذا مات •

فصـــــل

التظلم من القاضي المعزول

٥٣٨ـ واذا تظلم من المعزول متظلم ، وسأل القاضى المولى احضاره لـــم

يحضره حتى يسأله عما بينهما ، لانه ربما تقصد أن يقدمه ليحلف من غير حق.

٥٣٩ـ وان قال :

لي عليه مال من معاملة أو غصب أو اتلاف أو رشوة اخذها مني على حكمه أحضره ، وهذا أيضا قولنا فى الدعوى عليه .

٥٤٠ـ قالوا :

وان قال : حكم على رجل بشهادة عبدين أو فاسقين ففيه وجهان : أحدهما انه يحضره كما يحضره اذا ادعى عليه مالا ، والثانى لا يحضره حتى يقيم عليه بينة بما يدعيه ، لانه لا تتعذر اقامة البينة .

٥٤١ ـ فان احضره فقال :

ما حكمت عليه الا بشهادة حرين مسلمين فالقول قوله لانه أمين ، ولا يمين عليه عندنا ، وقال بعض أصحاب الشافعي عليه اليمين كالمودع اذا ادعى عليه بجناية .

فصل

الادعاء على القاضي بالجور في الحكم

٥٤٢ـ واذا ادعى عليه أنه حكم بجور نظرت فى ذلك : فان كان مما يسوغ فيه الاجتهاد أمضاه ، وان كان لايسوغ فيه الاجتهاد ابطله ، كما يبطل حكم نفسه اذا رده الاجماع .

٥٤٣ـ وهذا قول الشافعي أيضا فى هذا الفصل .

فصل

الادعاء بأن القاضي أخطأ في حكمه

٥٤٤ ـ واذا ادعى عليه الخطأ فى حكمه فهو يترتب على خطأ القاضى اذا كان قاضيا قبل العزل .

---

(٥) ما بين قوسين من نسخة منيخ .

٥٤٥ـ وخطأ القاضي على وجهين :

أولهما[1] ماهو من حقوق الله تعالى كالحدود فهو في بيت المال .

والثاني حق العباد فذلك راجع على من حكم له به ، يغرم ذلك المقضى له ، ولا شيء على القاضى فيه كالقتل والمال اذا لميقدر على رده بعينه غرم المثل أو القيمة أو الدية ، فان كان قائما بعينه رده على صاحبه ، وهذا بأن يتبين ان الشهود ذمة أو محدودون فى قذف أو عبيد ، وترد المراة الى زوجها والعبد[2] يرد الى الرق والمال الى صاحبه ، ولا غرم على القاضى لانه تعلق على الحكم الظاهر وما كلف بعلم الغيب .

فصل

إقرار القاضي المعزول بتعمد الجور

٥٤٦ـ واذا أقر المعزول انه فعل ذلك عمدا ، وانه جار وقضى بما لا يلزم لزمه ذلك فى ماله ، وزالت عدالته .

٥٤٧ـ ويعزل ان كان واليا ويؤدب مع الضمان وان كان معزولا .

هذا قول أصحابنا جميعا .

٥٤٨ـ وقد قال أصحابنا اذا أقر القاضى انه حكم لهذا الرجل بجور وباطل سقطت عدالته بأقراره ، وعزل عن القضاء ، وغرم ذلك الحق ولا ينقض قضاؤه، ولا يصدق على نقض ماقضى ولا فرق بين أن يكون معزولا أو قال ذلك وهو قاض .

٥٤٩ـ وكذلك قالوا : لايقبل قول الشهود انهم شهدوا بباطل اذا كان الحكم قد نفذ ومضى .

وسنذكر فى الشهادات من ذلك مايجب .

---

(١) في المخطوطة المعتمدة : منهما وما ذكرناه من نسخة قليج .

(٢) كذا سياق الكلام . وفى النسخة المعتمدة : المرأة .

٥٥٠ـ واذ قد ذكرنا حكم الولاية والعزل فلنذكر حكم معاملة القاضي •

باب معاملة القاضي

وهذا باب معاملة القاضي للناس في ماله ومال من يلي عليه :

٥٥١ـ قال الطحاوي رحمه الله في أدب الحكام :

الحاكم أجير المسلمين[١] فلا ينبغي له أن يتشاغل بمتجر يقطعه عن النظر في أمورهم ، فان نظر في متجر أو صنعة من غير أن ينقطع بذلك عما اسند اليه جاز •

٥٥٢ـ قال أصحابنا :

ـ ولا يكره له الشراء والبيع بنفسه لان النبي عليه السلام باع واشترى ، وكذلك الائمة الاربعة باعوا واشتروا ، وفعلهم حجة واتباعهم سنة •

٥٥٣ـ وقال الشافعي : يكره له البيع والشراء بنفسه •

٥٥٤ـ وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم عن طريق ابى الاسود الدؤلى[٢]

---

(١) يلاحظ ان الفقه الاسلامي يصدر عن اعتبار المسلمين أو الجماعة « مجموعا » يمارس الخليفة ونوابه جميع سلطاتهم بالنيابة عنه ويمثلون لهذه الكتلة المتراصة باليد استنادا الى حديث المسلمون تتكافؤ دماؤهم •• وهم يد على من سواهم ، وفي قول الفقه ان الحاكم أجير تأييد للمبدأ المذكور الذى يرى أن «الجماعة» هي صاحبة السلطان والحكام أجراء ينوبون عن الجماعة فيما يضطلعون بالقيام به من الاعمال ولقد كان اعتبار الامة مصدرا للسلطة ومن في أيديهم مقاليد الحكم أجراء لها ، ونوابا عنها ، من الافكار السائدة في تاريخ الفكر الاسلامي ، وعن هذا التصوير صدر المعرى في نقده امراء عصره في قوله :

مل المقام فكم أعاشر أمة ... أمرت بغير صلاحها أمراؤها
ظلموا الرعية واستجازوا كيدها ... وعدوا مصالحها وهم أجراؤها

(٢) ترجم له في ديوان الحماسة لابى تمام حبيب بن اوس الطائى شرح العلامة التبريزى (ج٤ ص١٢٧) وقد جاء في الترجمة ان اسمه ظالم بن عمرو ابن سفيان أحد بني الديل بن بكر بن عبد مناة ، وكان أبو الاسود من وجوه التابعين وفقهائهم ومحدثيهم ، روى عن أكابر الصحابة رضى الله عنهم واستعمله علي (ر) على البصرة بعد ابن عباس (ر) وكان من وجوه شيعته ، وكذلك استعمله

أنه قال : (ماعدل وال اتجر فى رعيته أبدا) •

٥٥٥ـ وذكر عن شريح أنه قال :

شرط على عمر رحمه الله حين ولاني القضاء أن لا أبيع ولا ابتاع ولا أرتشى ولا اقضى وانا غضبان •

ولانه يحابى •

٥٥٦ـ فان احتاج الى ذلك وكل وكيلا ينوب عنه ، ولا يكون معروفا ، فأن عرف استبدل به من لايعرف ، فان لم يجد تولى بنفسه ، لانه لابد له منه •

٥٥٧ـ فاذا وقعت لمن يبايعه حكومة[1] استخلف من يحكم بينه وبين خصمه لانه لايؤمن أن يميل معه •

٥٥٨ـ ولو كان ماقالوه يقوى عند الله ويلزمه بين الناس لما كان اولى بأن يفعل ذلك الا ائمة العدل ، والعدالة والامانة يمنعان الميل وهما رأس مال القاضى فاذا لم يوجدا لم يصح القضاء ، ولو كره ذلك للقاضى لكره للشاهد ، ولمنع قول الشهادة ، وهذا لايجوز •

وقد قال تعالى : (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) •

فصل

الإشراف على كتابه وأصحاب مسائله

٥٥٩ـ وينبغي للقاضى أن يشرف على كاتبه وأصحاب مسائله وأمنائه ،

عمر وعثمان (ر) وكان هوالاصل في بناءالنحو وعقدأصوله برأى من على (ر) ومن أظرف ما ترجم له ترجمة للجاحظ نقلها التبريزى المذكور فى شرحه هذا جاء فيها كان أبو الاسود معدودا" فى طبقات من الناس وهو فيها كلها مقدم ومأثور عنه الفضل فى جمعيها ، كان معدودافى التابعين والفقهاء والمحدثين والشعراء والاشراف والفرسان والامراء والدهاة والنحويين والحاضرى الجواب والشيعة والبخلاء والصلع الاشراف ! كان بينه وبين عدى بن حاتم الطائى مهاجاة وملاحاة ما كان ينبغى لمثلهما على جلالتهما وعلو شانهما ان يقعا فيها • وروى له أبو تمام فى حماسته بيتين شبب فيهما بعجوز كبرد يمانى تقادم عهده ولم تبل جدة رقعته في العين واليد •

(١) حكومة ههنا بمعنى خصومة وفي لسان العرب : أصل الحكومة رد الرجل عن الظلم • وقد حكم عليه بالامر يحكم حكماً وحكومة • وحكمه فى الامر فاحتكم جاز فيه حكمه والاسم الا حكومة والحكومة •

ويتفقد أمورهم ، ويجوز له أن يحاسب بنفسه الامناء والاوصياء ، ويقتصد في أمر الرزق على من يستعمله على مال يتيم أو وقف •

٥٦٠- وما كان من مال يتيم في يد وصيه ، وهو أمين عليه قيم به فأمره اليه •

٥٦١- وان لم يكن له وصي اختار له وصيا من قرابته ممن يوثق به ، فان لم يكن فمن الجيران ، فان لم يكن في الجيران من يصلح لذلك فمن غيرهم فيجعله وصيا ، ويفرض له رزقا ويشهد له بذلك ويصير كالوصي ، يجوز له مايجوز للوصي •

٥٦٢- وان لم يجعله وصيا بل حافظا لماله ولدخله ونفقته وخرجه لم يجز له الا ما جعله اليه من ذلك •

فصـــل

إقراض أموال الأيتام بشرط قيام المقترض بمؤونة الصبي

٥٦٣- وللقاضي أن يقرض أموال الايتام على الثقات ويكتب عليهم بذلك فهو أحوط من الودائع وآمن العواقب •

٥٦٤ - ويتفقد احوال من يقرضه ذلك في كل مدة فان وقف على تغير حال أبدل به سواه من الموسرين من الثقات لانه قد يصير معسرا بعد اليسار •

٥٦٥- ويفعل في ذلك مايرى انه أحوط واصلح لليتيم •

٥٦٦- وقد رأينا شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يودع ذلك عند الامناء ويجرى على الايتام ويبيع عليهم حتى يأكلوا ذلك •

٥٦٧- وربما اعطى في بعض الاحوال من يتجر للصبى •

٥٦٨- وكان في بعضها يكتب المال على من يسلمه اليه ويكلفه مؤنة الصبي من عنده وهذا أحوط اذا كان المدفوع اليه ثقة •

٥٦٩- وقد روى عن النبي(ص)انه قال اسعوا في أموال اليتامى لاتأكلها النفقة، ودفعت عائشة رضى الله عنها مال أيتام الى مولاها اسلم تجارة •

فصـــل

تعيين أيام للقضاء

٥٧٠ـ وللقاضى أن يخص نفسه بزمان يصرفه فى مصالحه وحوائجه والنظر فى أهله وخلوته ، ويعين للقضاء يوما يكون قد صرف اليه وسعه ويحضر فيه الناس ويعرفونه به ، فيقصد فى ذلك اليوم وليس عليه ضرف زمانه اجمع الى القضاء .

قضاء الرباع[1]

٥٧١ـ وكل ربع له قاض يقضى فيه ، وعلى بابه من يقضى فى الفـرض والـدين .

يوم مجلس الدامغاني

٥٧٢ـ وكان شيخنا قاضى القضاة رحمه الله يوم مجلسه الثلاثاء فيحضره الشهود والوكلاء والخصوم ويستغرق اليوم جميعه فى المحاضر والسجلات وقراءة الكتب ، فلما صارت شهوده من التجار والمتعيشين فى البيع والشراء جعل مجلسه فى يوم السـبت .

٥٧٣ـ وكان يجلس طرفي النهار فيدخل عليه الناس ، وربما وصـل الدرس ، واكثر الاحوال لايصله لاسيما بعد توليه القضاء .

تعليقه الخلاف على الدامغاني

٥٧٤ـ وما عرفت أحدا من جماعة اصحابه علق عليه تعليقة كاملة من أول الفقه الى آخره لا في الخلاف ولا فى المذهب ، وقد علق كل انسان غير ماعلق الآخر ، ولعله اذا جمع يكمل الخلاف ، وما أظنه يكمل لاحد من الناس .

فصـــل

عيادة القاضي المريض. . . إلخ

٥٧٥ـ قال أصحابنا وللقاضى أن يعود المريض ويشهد الجنازة ، ويجيب الى الدعوة العامة والخاصة اذا كان ممن جرت عادته به .

---

(١) في لسان العرب : ربع بالمكان يربع ربعا اطمأن والربع المنزل والدار بعينها والموصى متى كان وبأى مكان كان ، وهو مشتق من ذلك وجمعه اربع ورباع وربوع وأرباع .. وربع القوم محلتهم والربع جماعة الناس . ويستفاد من عبـارة السمناني ان المحلات الكبيرة كان عليها قضاة يقضون في القرض والدين. وان بغداد كانت تقسم الى رباع قضائية على باب كل ربع قاض .

قبول الهدية

٥٧٦- وقال الشافعي ان كانت له عادة بأن يهـدي اليه من ذوى رحم أو مودة ، فان كانت له حاجة في الحال لم يقبل الهدية ، وان لم تكن له حاجة نظر : فان كان ما اهدي له أزيد مما جرت به العادة أو ارفع لم يجز لهقبولها لان الزيادة بالولاية ، وان كانت مثل الاول جاز له قبولها •

٥٧٧- (و) قال بعض اصحابه : الاولى أن لايقبل (اذ) يجوز ان تكون له حكومة منتظـــرة في المســتقبل •

حضوره الولائم

٥٧٨- قالوا : ويجوز أن يحضر الولائم لان وليمة غير العرس تســتحب الاجـابة اليها •

٥٧٩- قالوا : وفي وليمة العرس وجهان : احدهما أنها فرض على الاعيان والثاني فرض على الكفاية ، ولا يخص بعضهم بالاجابة دون بعض لان في ذلك ميلا وترك العـــــدل •

٥٨٠- فأن كثرت عليه وقطعته عن الحكم ترك الحضور في حق الجميـع لان الاجابة أما أن تكون سنة أو فرضا على الكفاية أو فرضا على الاعيان ، وذلك كله لا يضر بالمسلمين تركه ، وترك القضاء يضر بالمسلمين فكان تقديم القضاء أولى •

٥٨١- وسنذكر في ابواب المدعى من يجوز له أن يعدى عليه ومن لايجوز ومن يجوز أن يقضى له ومن لايجوز ، وما يحله قضاؤه لغيره وما لايحله قضاوءه وحكم القضاء له وعليه ، وعلى من يتعلق به من الناس ، فهذه الابواب يقع الكلام فيها في القاضي ، وما يتعلق به من المسائل والشروط •

٥٨٢- واما الكلام في المقضى له وهو المدعى عليه وما يتعلق به من الابواب والفصول فأول ذلك :

ذكر المدعي والصفة التي يكون عليها

٥٨٣ـ اعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :
البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه[١] •

٥٨٤ـ وهذا كلام : يجب أن يعرف من المدعى ليعمل ببينته ، والمدعى عليه ليعمل على يمينه •

٥٨٥ـ والذى قاله شيخنا قاضي القضاة رحمه الله في شرح كتاب الدعوى من مختصر الحاكم مما علقناه عنه ودرسناه عليه فذكر الدعوى وذكر بعدها المدعي ، وهذا أصح ، لان المدعي من له دعوى[٢] ، فقال :

تعريف الدعوى

٥٨٦ـ الدعوى عبارة عن قول يقصد به اثبات شيء عار عن برهان •
ومتى كان فيها حجة أو برهان لم تكن[٣] دعوى •

٥٨٧ـ ولهذا لا يقال للنبي[٤] انه مدع بعد قيام المعجز على ما قاله ، ولا لمن استدل بذلك على قوله أنه مدع • ويقال لمن ليس له حجة مدع •

هذا حده في اللغة •

٥٨٨ـ واختلف أصحابنا فيه هل يعتبر بالشرع أم لا ؟

---

(١) ورد هذا الحديث في كتاب الآثار لابي يوسف في الرقم ٧٣٨ وأخذ به محمد بن الحسن الشيباني وهو قول ابي حنيفة •

(٢) ادعى كذا زعم أن له حقا أو باطلا ، والاسم الدعوة والدعاوة ويكسران « القاموس المحيط »•

(٣) في نسخة مينخ : لم تكن له •

(٤) في نسخة مينخ : للنبي صلى الله عليه وسلم • وهذا وهم من الناسخ لان قصد المؤلف مطلق النبي •

٥٨٩ـ فكان أبو سعيد البردعي[١] يقول هو على ما كان لم يتغير •
٥٩٠ـ وقال غيره قد تغير ونقل الى شيء دون شيء •
٥٩١ـ وقد كانت في شرع من تقدم أيضا كذلك •
٥٩٢ـ روى عن قتادة في قوله (تعالى) : وآتيناه الحكم وفصل الخطاب • قال : البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه[٢] •
وقال الحسن البصري رحمه الله «فصل الخطاب»[٣] طلب العلم بالقضاء •
وقال شريح : الشهود والايمان •
٥٩٣ـ وروى الخصاف عن مجاهد في قوله (تعالى) « يؤتى الحكمة من يشاء»[٤] ، قال : ليست النبوة ولكنه العلم والقرأن والفقه •
٥٩٤ـ وذكر عن عمر بن عبدالعزيز (انه) قال :
خمس اذا اخطأ القاضي فيهن خصلة كانت فيه وصمة :

---

(١) هو أحمد بن الحسين القاضي أبو سعيد البردعي أخذ عن اسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن أبيه عن جده ، واخذ عن أبي علي الدقاق عن موسى بن نصير الرازي عن محمد عن أبي حنيفة • وتفقه عليه ابو الحسن الكرخي (عبدالله) وأبو طاهر الدباس وأبو عمر الطبري ، وقتل في واقعة القرامطة مع الحجاج سنة سبع عشرة وثلثمائة (الفوائد البهية ، ص١٩ـ٢٠) وبردع بكسر الباء وسكون الراء المهملة وفتح الدال المهملة في اخره عين مهملة بلدة من أقصى بلاد اذربيجان • كذا ضبطه عبدالقادر في الجواهر المضيئة •

(٢) جاء في سبل السلام للصنعاني (١٣٢/٤) في صدد حديث : البينة على المدعى واليمين على من انكر : « والحديث دال على انه لا يقبل قول أحد فيما يدعيه لمجرد دعواه ، بل يحتاج الى البينة أو تصديق المدعى عليه ، فان طلب يمين المدعى عليه فله ذلك ، والى هذا ذهب سلف الامة وخلفها • قال العلماء : والحكمة في كون البينة على المدعى ان جانب المدعى ضعيف لانه يدعي خلاف الظاهر ، فكلف الحجة القوية وهي البينة ، فيقوى بها ضعف المدعى ، وجانب المدعى عليه قوى ، لان الاصل فراغ ذمته ، فاكتفى منه باليمين ، وهي حجة ضعيفة » •

(٣) في نسخة مينخ بعد هذه العبارة : (قال البينة على المدعي فصل الخطاب)• والصحيح ما أثبتناه من النسخة المعتمدة وفي نسخة مينخ اضطراب في هذا الصدد •

أن يكون فهيمـــا •
وأن يكون عفيفا •
وأن يكون صابرا •
وأن يكون عادلا •
سؤولا عن العلم[١] •

فصـــــل

٥٩٥ـ واختلف أصحابنا في[٢] المدعى من هو ؟

٥٩٦ـ فقال الكرخي رحمــه الله :

هو الذى يقصد بدعواه اثبات حق على الغير في يده أو في ذمته[٣]، والمدعى عليه من لاتوجد هذه الصفة فيه •

٥٩٧ـ واعترض عليه بأن من في يديه الشيء اذا ادعاه على الخارج[٤] أنه اشتراه منه فهو مدع ، ولا يقصد ماقال •

٥٩٨ـ ومن أصحابنا من قال المدعى هو الذى يقصد أمرا خفيا ليزيل به أمـــرا جليا[٥] •

٥٩٩ـ ومنهم من قال :

المدعي هو الذى يدعى أمرا حادثا ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهــر ،

---

(١) في نسخة مينخ : وان يكون علاما مسؤولا •
(٢) في نسخة مينخ : عن •
(٣) من هذا يستفاد ان الحقوق في الفقه الاسلامي تقسم الى حق في العين وحق فى الذمة (العين والدين) •
(٤) الخدرج ههنا يقابل فى مصطلح المرافعات المدنية الشخص الثالث •
(٥) عبارة : « ليزيل بـــه أمرا جليـــا » من نسختى مينخ وقليج ، امـــا النسخة المعتمدة فمضطربة ، فقد ورد فيها بدلا من ذلك « ليس يلزم أم جليا » •

والزم عليه مسألة الشـــك •

٦٠٠- ومنهم من قال :

المدعي هو الذى فى قوله نعم وبلى وايش والمدعى عليه من في قوله لا ولم وما

٦٠١- ومنهم من قال :

المدعى هو الذى اذا تَرك تُرك والمدعى عليه اذا ترك لم يترك •

٦٠٢- ومنهم من قال :

المدعى هو الذى (يقول)[1] مايضر به الغير وينفع به نفسه والمدعى عليـه من يقول ماينفع به نفسه وان لم يضر به غيره •

٦٠٣- وقال محمد في كتاب الدعـــوى :

المدعي هو الطالب •

والمدعى عليه هو المنكـــر •

٦٠٤- وكل هذه الوجوه ذكرهـــا رحمه الله وعليها كلام حذفته •

شرط الصفة (المصلحة)

٦٠٥- وينبغي أن يكون المدعى عاقلا على صفة يصح معها قوله ، وتسـمع دعواه ، ولا فرق فى المدعى بين الحر والعبد ، والذكر والانثى ، والبالغ والصبي المأذون له ، والطالب لنفسه أو لغيره ، اذا كان له ولاية على الغير أو قد اذن له فى ذلك مما تجوز فيه النيابة •

٦٠٦- واذ قد ذكرنا صفة المدعي فينبغي أن نذكر جواز العدوى بقوله :

---

(١) من نسختى قليج ومينخ •

جواز العدوى بقول المدعي[1]

٦٠٧ ـ اتفق اصحابنا على جواز العدوى بقول المدعى قبل أن يعلم انه محق أو مبطل[2] اذا كان المدعى عليه في المصر •

٦٠٨ ـ قال ابو يوسف : على هذا ادركنا الناس ، وكان ابن ابى ليلى يفعله ولا ينكره ابو حنيفة ولا يعيبه •

٦٠٩ ـ وهو قول الشافعى ايضا واصحابه •

٦١٠ ـ وقد رأيت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله اذا جاءه أحد يستعدى على بعض الكبار راسله وقال له :

ـ أما ان ترضى خصمك أو تحضر مجلس الحكم وكان ربما انفد الى كل واحد بوكيله على باب الحكم •

وكان لا يعجل بالاستدعاء ، وهو فعل لا يبعد عن الصواب ، وله وجه •

٦١١ ـ وقال الطحاوى في ادبه :

ـ اذا استعدى على رجل قال له :

من هو ؟

فاذا قال : فلان •

قال له :

ـ ادعه الى

فان قال : دعوته فلم يجب

قال :

---

(١) جاء في أساس البلاغة للزمخشري :

ـ إستعديت عليه الامير فاعدانى ، ولى قبله عدوى ، أى استعداء •

وفي القاموس المحيط فى مادة عدا:

ـ اعدى الامر جاوز غيره اليه ، وزيداً عليه نصره واعانه وقواه ، واستعداه استغاثه واستنصره •

(٢) فى نسخة مينخ أو باطل والصواب ما اثبتناه كما في نسخة قليج •

• سادفع اليه طابعا[1] « حينئذ ، وان شاء الله احلفه انه امتنع وهو قادر على المجيء » •

٦١٢ ـ فاذا دفع اليه طابعا »[1] فان قال لا يحضر بهذا الطابع فلان فلو ناديناه بشاهدين يشهدان على امتناعه ، كان ذلك صوابا •

٦١٣ ـ وقد روى الخصاف فى جواز العدوى بقول الخصم اخبارا منها ان رجلا من اراش (كذا) قدم مكة بابل وقباعها من ابى جهل فمطله وظلمه فقام فى المسجد فقال :

ـ يا معشر قريش ! أتى رجل غريب ابن سبيل ، وانى بعت ابلا من ابى جهل فمطلنى وظلمني ، فمن رجل يعديني عليه فيأخذ لى بحقي ؟

قال ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى المجلس جالس ، فقالوا :

ذلك الرجل يعديك عليه ، فانطلق اليه فذكر له ذلك فقام معه •

وبعثت قريش فى أثرهما رجلا ، وانما فعلوا ذلك استهزاء لما قد علموا بين النبى صلى الله عليه وسلم وبين ابى جهل من العداوة •

قال فأتى الباب فضربه ، فقيل من هذا ؟

فقال محمد :

فخرج أبو جهل وما في وجهه رائعة[3] من النعر •

فقال :

ـ اعط هذا حقه •

قال :

---

(١) فى القاموس المحيط فى مادة الطبع : طبع عليه كمنع ختم ، والطبع المثال والصيغة والختم ، وهو التأثير في العين ونحوه ، والطابع وتكسر الباء ميسم الفرائض ، وهذا طبعان الامير بالضم طينه الذى يختم به •

(٢) هذه الزيادة من نسخة مينخ وقليج •

(٣) كذا وفي نسختي مينخ وقليج : رايحة •

نعم ، فدخل فاخرج حقه واعطاه اياه فجاء الرســـول فأخبرهم ، وجاء الرجل فوقف عليهم فقال :

ـ جزاه الله خيرا فقد أخذ لي بحقي •

قال فلم ينصرفوا[1] ان جاء أبو جهل فقالوا :

ـ ويلك ما صنعت ؟!

فقـــــال :

ـ والله ما هو ان ضرب على الباب •

فقـال محمد فذهب قوامي[2] فخرجت اليه واذا معـه فحل ما رأيت مثل هامته وانيابه لفحل قط ان كاد ليأكلني لو امتنعت ، فوا الله ما ملكت نفسي ان أعطيت حقه •

٦١٤ـ وهذا الخبر قد دل على جواز العدوى بقول الخصم ، لانه قبـل عليه السلام قوله في ذلك ، ودل على أن الفحل الذى معه وما لحق ابا جهل منه معجزة له صلى الله وعليه اذ مثل ذلك لا يكون الا لنبي والشاهد له بذلك مثل ابى جهل الذى لو قدر على غير ذلك لفعل •

٦١٥ـ وقد تقـدم حديث عمر رضى الله عنه وانفاذه الى زوجة الذى قال له انه وجد معها عبده بأبى واقد[3] •

٦١٦ ـ وقد روى في ذلك اخبار (كثيرة) وهو فعل الحكام اليوم في البلاد•

٦١٧ ـ ورأيت في بلد الرحبة في باب الجامع مسمارا عليه ختم القاضى ، فاذا اراد احد احضار خصمه قصد باب الجامع وطبع عليه الشمع ، وحمل خصمه الى القاضى ، ولا يجسر أحد على رد الخاتم ، وفيه منفعة كثيرة للضعيف وهيبة على القوى ، ولا أعلم من سن ذلك من القضاة ، ولا سمعت في ذلك شيئا فأحكيه•

٦١٨ ـ وذكر الخصاف انه كان على خاتم سعيد بن اشوع الهمدانى قاضى الكوفة : اجب (القاضى) سعيد بن اشوع •

---

(١) في نسختي مينخ وقليج : فلم يتفرقوا •

(٢) كذا وفي نسخة قليج : قدامى •

(٣) انظر ترجمته فى الرقم ٣٦٠ ص١٢٧ •

٦١٩ ـ واذ قد ذكرنا جواز العدوى بقوله فالى أى موضع يعدى عليه القاضى •

باب الموضع الذي يعدى عليه

وهذا باب الموضع الذى يعدى القاضى على الخصوم :

٦٢٠ ـ اتفق اصحابنا وأصحاب الشافعى على انه يعدى على الخصم اذا كان في المصر أو خارجا عن المصر في موضع يمكن الرجوع اليه ، وان يبيت المدعى عليه فيه في بقية يومه ، فأما اذا كان خارجا عن المصر ، بعيدا لا يقدر على الرجوع في يومه الى بيته ومنزله لم يحضره حتى يقيم البينة عليه بالحق ، ويكتب الى الوالى باحضاره ، ولا يعطيه خاتما لانه يصعب على من خارج المصر الشهود على رد الخاتم[١] ، وفى الحاضر لا يصعب ذلك •

٦٢١ ـ وقد قال اصحاب الشافعى في الغائب انه لا يحضره حتى يحقق الحق ، غير انهم قالوا ان كان الغائب في موضع فيه حاكم كتب اليه لينظر بينهما ، وان لم يكن من ينظر بينهما يحضره حتى يحقق الدعوى كما يقول ، قالوا لانه يجوز أن يكون ما يدعيه عنده لا يستحق احضاره كثمن الكلب وقيمة الخمر للنصارى[٢] •

« لانه يشق عليه الحضور لما لا يجب عليه ، وليس هذا كالحاضر فانه لا يشق عليه الحضور • قالوا فاذا حقق الدعوى على الغائب احضره لان ابا بكر رضى الله عنه كتب الى المهاجر بن أميه[٣] ان ابعث الى بقيس بن المكشوح واحلفه

---

(١) فى نسخة منيخ : الخاتم •

(٢) ما بعد هذه الكلمة من نسختى منيخ وقليج •

(٣) جاء فى اسد الغابة (٤/٤٢٢ـ٤٢٣) انه المهاجر بن أمية بن المغيرة ابن عبدالله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي أخو أم سلمة زوج النبى (ص) لأبيها وأمها ، كان اسمه الوليد فكرهه رسول الله (ص) وسماه المهاجر ، وارسل رسول الله (ص) المهاجر الى الحارث بن عبد كلال الحميري باليمن ، وتخلف عن

على قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسين يمينا انه ما قتل داودية (كذا) •

لانه لو لم يلزمه الحضور ادى ذلك الى ابطال حقه •

٦٢٢ ـ واذ قد بينا الموضع يحضر منه في البلد وخارجه فلنذكر كيفيه احضار الخصم»[١] •

باب كيفية إحضار الخصم إلى القاضي

٦٢٣ ـ وينبغي للقاضي اذا أراد احضار خصم أن يدعوه بأرفق الوجوه ، وأجمل الاقوال ، لانه يدعوه الى حكم الله ودينه •

٦٢٤ ـ وعلى المدعى عليه الاجابة الى ذلك ، ولا يسعه التأخير •

دليل القاعدة

٦٢٥ ـ قال الله تعالى :

« واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون ، وان يكن لهم الحق يأتوا اليه مذعنين ، في قلوبهم مرض ، أم ارتابوا ، أم يخافون أن يحيف[٢] الله عليهم ورسوله ، بل اؤلئك هم الظالمون ، انما كان قول المؤمنين

رسول الله (ص) بتبوك فرجع رسول الله (ص) وهو عاتب عليه فشفعت فيه أخته أم سلمة فقبل شفاعتها ، فاحضرته فاعتذر الى النبي ، فرضى عليه ، واستعمله رسول الله على صدقات كندة والصدف ، فتوفى رسول الله (ص) ولم يسر اليها ، فبعثه أبو بكر (رض) الى قتال من باليمن من المرتدين ، فلما فرغ سار الى عمله ، فسار الى ما ذكره له ابو بكر ، وهو الذى فتح حصن الخير بحضرموت مع زياد بن لبيد الانصاري ، وسير الاشعث بن قيس الى ابي بكر اسيراً ، وله في قتال الردة باليمن أثر كبير » • أ هـ •

(١) الى هنا تنتهي عبارة نسختي مينخ وقليج •

(٢) الحيف الميل في الحكم والجور والظلم ، حاف عليه فى حكمه يحيف حيفا مال حار ، ورجل حائف من قوم حافة وحيَّف وحُيُف ••• وفى التنزيل ان يحيف الله عليهم ورسوله أي يجور ، وفى حديث عمر (ر) « حتى لا يطمع شريف في حيفك أى في ميلك معه لشرفه (لسان العرب) •

أن يقولوا سمعنا وأطعنا[1] » .

فأدب الله تعالى احسن الاداب ، وقوله اصدق القول .

٦٢٦ـ فكما يجب على المدعى الترفق بخصمه ليتمكن من استيفاء حقه ، فكذلك يجب على المطلوب الاجابة الى ما يدعى اليه ، وأيهما تعدى ما قلناه اثم ، وربما فسق ان لم يكن له عذر .

٦٢٧ ـ وان امتنع عليه : فان كان لغير عذر اثم ، وان كان لعذر لم يأثم .

٦٢٨ ـ وهذا يوجب ان نذكر العذر الذى يسقط الحضور .

باب العذر الذي يسقط الحضور

وهذا باب العذر الذى يسقط الحضور .

٦٢٩ ـ اتفق الفقهاء على أن المرض الذى لا يستطيع معه الحضور بنفسه الى الحكم يسقط الحضور عنه ، لان المرض يسقط الصيام وأركان الصلاة الواجبة والصوم ، فجاز أن يسقط الحضور .

٦٣٠ ـ ويسقط الحضور أن تكون امرأة غير برزة ، لان الحياء في النساء يمنع من استيفاء[1] مالها من الحق .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « واغد يا انس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ولم يكلفها الحضور مع اعتراف من اعترف انه زنا بها .

وكذلك قال عمر لابى واقد الليثى في امرأة الرجل الذى زعم انه وجد عبده معها ولم يكلفها الحضور .

٦٣١ ـ والجنون يسقط الحضور ، وكذلك زوال العقل بالسكر والاغماء .

---

(١) النور .

(٢) كلمة استيفاء لم ترد فى نسخة منيخ وانما وردت في نسخة قليج .

٦٣٢ ـ وأما كيفية القضاء عليهم فسنذكر ذلك في باب ما يجوز القضـاء على المريض والمخدرة ان شاء الله •

٦٣٣ ـ واذ قد ذكرنا العذر فلنذكر الامتناع •

باب الامتناع من الحضور إلى القاضي

وهذا باب يذكر فيه الامتناع من الحضور الى القاضى :

٦٣٤ ـ واذا امتنع الخصم من الحضور مع خصمه قبل أن يدعوه القاضى الى الحكم لم يكن للحاكم تأديبه على ذلك اذا صح عنده ، وان قلنا انه يأثم•

٦٣٥ ـ واما اذا وردته طينة القاضى وخاتمه والمحضر فان القاضى يحضره بالوالى •

٦٣٦ ـ ويتقدم بما يراه من تأديبه اذا شهد عنده شاهدان بامتناعه ، ولا يسأل عنهما بعد ان يكونا مستورين ، ان شاء حبسه قليلا وان شاء كثيرا وان رأى تأديبه بكشف الرأس وغير ذلك مما يكون فيه اقامة حشمة الحكم •

فصل

٦٣٧ ـ وقال اسماعيل بن حماد بن ابى حنيفة :

أربعة من الشهود لا يسأل عنهم :

شاهد رد الطينة[1] •

وشاهدتعديل العلانية •

وشاهد المعرفة الذى يدعو به القاضى من غير قرعة •

والرجل يستعدى على الرجل يريد اشخاصه الى المصر فيقيم عليه شاهدين بحق يدعيه قبله •

---

(١) فى لسان العرب : الطينة قطعة من الطين يختم بها الصك ونحوه ، وطنت الكتاب طينا ، جعلت عليه طينا لاختمه به ، وطان الكتاب طينا وطينة ختمه بالطـين •

٦٣٨ ـ وقال ابن سماعة[١] : اسأل عن شاهدى رد الطينة والاشخاص .

٦٣٩ ـ وان حضر المدعى وقال :

ـ قد توارى خصمى فى منزله ولا يحضر معى الحكم .

فانه يأمر الوالى باحضاره .

٦٤٠ ـ فان قال الوالى لم أظفر بالرجل وانا اطلبه، واذا ظفرت به احضرته[٢]
فقال المدعى للقاضى :
ـ اختم لى على منزله فانه فيه .
لم يجبه القاضى الى ذلك حتى يشهد عنده اثنان انه فى منزله ، بعد ان يقولوا اليوم رأيناه او امس أو منذ ثلاثة أيام فيجيبه الى ذلك ويختم .

٦٤١ ـ وان كانت رؤية قديمة لم يختم .

٦٤٢ ـ فاذا ختم على منزله بشهادة الشهود فحضر المدعى عليه ، والخاتم على بابه ، فقال المدعى انه لا يحضر ، وقد جلس فى منزله فانصب له وكيلا ، واستمع من شهودى عليه ، فان ابا حنيفة ومحمد قالا : لا ينصب له وكيلا ولا يقضى .

لان نصب الوكيل قضاء عليه .

٦٤٣ ـ وقال أبو يوسف :

اذا صح عند القاضى انه فى منزله نادى على بابه ثلاثا : انه ان لم تحضر قضيت عليك .

فان لم يحضر اقام قيما وسمع من البينة .

٦٤٤ ـ وقد روى عن ابى يوسف مثل قول ابى حنيفة انه لا ينصب عنه وكيلا .

---

(١) هو محمد بن سماعة العراقى من تلامذة ابى يوسف .

(٢) الظفر بالفتح الفوز بالمطلوب وقد ظفر به وعليه وظفره ظفراً مثل لحق به ولحقه فهو ظفر ، واظفره الله به وعليه وظفّره به تظفيرا (لسان العرب) .

٦٤٥ ـ وقال الخصاف عنه انه قال في كتاب ادب القاضي[1] : « ولو حضر بكتاب الى قاض بحق على رجل فلم يحضر المطلوب ، ولم يوكل فشهد بذلك الشهود فانه يقبل كتاب القاضي والبينة وينفذ القضاء عليه .

الهجوم على الغائب والتسمير

٦٤٦ ـ وقد حكى الطحاوي في أدب القضاء الصغير له ان بعضهم كان يرى الهجوم على الغايب ، وبعضهم لا يراه ، وبعضهم يسرى التسمير على الابواب وبعضهم لا يراه .

٦٤٧ ـ وقال بعض الحكام :

أجلس رجلا على بابه ، ويمنع من الدخول والخروج من منزله ، الا من الطعام والشراب فانه لا يمنع عنهما ، ويضيق عليه حتى يخرج فيحكم عليه .

ترتيب الهجوم

٦٤٨ ـ قال الخصاف :

ومن رأى الهجوم من اصحابنا على الخصم في منزله اذا تبين ذلك فيكون ذلك بالنساء والخدم والرجال فيقدم النساء في الدخول ويدخلون نساء المطلوب في بيت ثم يفتش الدار ثم يدخل البيت الذي فيه النساء خاصة ، فاذا وجد اخرج .

الهجوم على غفلة

٦٤٩ ـ ولا يكون الهجوم الا على غفلة من غير استثمار ، يدخل النساء اولا ، فاذا تقدمن في المنزل من النساء دخل الرجال .

---

(١) الاشارة ههنا الى كتاب ادب القاضي لابي يوسف .

نقد مبدأ الهجوم على الغائب

٦٥٠ ـ وهذا الوجه عندي ضعيف ، لانه ربما كان الخصم وحده في البيت ، فكما لا يجوز دخول الرجال على النساء ، لا يجوز أيضا دخول النساء على الرجال ، وهذا أمر يتوهم[1] ، فعلة المنع حاصلة ، فينبغي ان لا يجوز .

٦٥١ ـ وقد روى الخصاف ان علي بن ابى طالب رضى الله عنه استعمل عبدالرحمن بن محزم على الرى فأخذ المال وتوارى عند نعيم بن دجاجة الاسدي، فارسل عليه رضى الله عنه من يخرجه من دار نعيم ، فجاء نعيم معهم الى علي فقال له :

ـ ان مفارقتك لكفر وان المقام معك لذل .

فأمر بالكف عنه .

٦٥٢ ـ وعن عمر رضى الله عنه انه بلغه عن نائحة[2] في ناحية في المدينة يجتمع عندها فأتاها فهجم عليها في منزلها ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها[3].

فقيل له :

ـ يا أمير المؤمنين ! ان خمارها قد سقط .

فقال :

لا حرمة لها :

ذكره الخصاف أيضا .

٦٥٣ ـ ولا اعرف لاصحاب الشافعي في الهجم والتسمير وما ذكرناه قولا فاحكيه ، الا ما قدمناه ان الوالى يحضره اذا امتنع ، فاما هذا التفصيل فلم أره فيما حضر من كتبهم عند تأليف هذا الكتاب .

---

(١) يتوهم ههنا بمعنى يتصور . اى انه من الامور الممكنة .

(٢) اى ان بيتها كان من بيوت الدعارة وانها كانت تجمع فيه بين الرجال والنساء ، وقد كان البغاء معروفا في الجاهلية فحرم في الاسلام .

(٣) في لسان العرب : الدّرة بالكسر التى تضرب بها عربية معروفة ، وفي التهذيب الدرة درة السلطان التى يضرب بها .

٦٥٤ ـ واذ قد ذكرنا حكم الامتناع من الحضور فهـل يستوى الرجال والنساء ام يختلفون ؟

وهذا يقتضى ذكر مالهن وعليهن •

باب دعوى النساء والدعوى عليهن

وهذا باب يذكر فيه دعوى النساء والدعوى عليهن •

٦٥٥ ـ اعلم ان حكم النساء حكم الرجال فى الخصام والمنازعات : الحرة كالحر والامة كالعبد لا يختلفـان فى الدعـاوى والبينـات ولا الايمان ولا المحاكمات : ملكها كملك الرجل فيما يملك من الاموال وحدها كحده وقذفها كقذفه وقتلها كقتله ، وما يفترقان فيه من الاحكام فانما هو مستثنى من هذا الاصل

٦٥٦ ـ واذا استعدى رجل على امرأة او امرأة على امرأة الى القـاضى ، وادعى عليها مالا فى يدها او دينا فى ذمتها او حقا يجب القضاء به والحكم اذا وجد شرط الحكم فان القاضى يحضرها كما يحضر الرجـل الا ان تكون غير برزه فلا يحضرها ولكنه ينفذ اليها من يسألها عن دعوى خصـمها •

٦٥٧ ـ وسنذكر كيفة القضاء عليها فى باب القضاء على من له عذر يمنعه من الحضور •

٦٥٨ ـ واما اذا كانت مخدرة ، وكان لها حق على غيرها • من قريب أو بعيد أو زوج فارسلت الى القاضى وسألته العدوى على خصمها ، فانه ينفذ اليهـا شاهدين وبعض الوكلاء فتوكل فى ذلك ، ويشـهد الشهود عليهـا ، ويدعى الوكيل بما يتوجه لها من حق • فان وجب عليها يمين فيما يقضى به للوكيل لها فانه يرسل اليها من يسأل عن ذلك ، ويستوفى اليمين ان كان اليمين يجب عليها •

٦٥٩ ـ وسنذكر فيما بعد ما يقبل قولها فيه بلا يمين ، وما يقبل مـع يمينها ، ونذكر الخلاف في ذلك في مواضعه ان شاء الله تعالى •

٦٦٠ ـ هذا حكم الاحرار والحراير اذا كانوا من أهل التكليف قد ذكرناه • وبقى حكم الرقيق •

باب دعوى العبيد والمكاتبين

ومن فيه رق

٦٦١ ـ والعبيد والرقيق على ضربين : منهم من يتصرف لنفسه ومنهم من يتصرف لغيره •

٦٦٢ ـ فالمكاتب يتصرف لنفسه في سائر عقود المعاملات من البيع والشراء والشركة والمضاربات والمطالبة بالشفعة والاجارات • وهو كالحر فيما يدعي على غيره من العقود والجنايات ، ويثبت بينه وبين مولاه اروش الجنايات ، وقيم المتلفات والشفع والاشرية والرد بالعيب ، وهو في هذه الاحكام معه كالاجنبي وهو كالعبد في النكاح والهبة والتبرعات وعتق ما في يديه من الرقيق•

٦٦٣ ـ وسنذكر ما فيه من الخلاف في كتابه ان شاء الله •

٦٦٤ ـ والعبد المأذون كالمكاتب اذا كان عليه دين ، وكالعبد المحجور اذا لم يكن عليه دين •

٦٦٥ ـ والمعتق بعضه كالمكاتب عند ابى حنيفة •

٦٦٦ ـ واذا ادعى رجل على مكاتب دعوى في نفس أو طرف أو مال أو غصب أو اتلاف فان القاضى يسمع الدعوى ويعدى عليه •

٦٦٧ ـ وكذلك اذا ادعى المكاتب تسمع دعواه ، واعدى القاضى على خصمه ، ونظر فيما يدعيه فحكم عليه به اذا كان مثله مما يحكم به •

٦٦٨ ـ وكذلك حكم المأذون له فى التجارة •

٦٦٩ ـ والمكاتبة كالمكاتب ، والمأذونة كالمأذون ، وكذلك المعتق بعضها كالمعتق بعضه •

٧٧٠ ـ وأما العبد القن والامة القن[١] فهما في الدعاوى بخلاف من ذكرنا الا في دعوى العتق والكتابة والتدبير على المولى ، فان دعوى العبد القن على مولاه تسمع ، ويسأل المولى عنها ، وكذلك التدبير والكتابة والاستيلاد •

٦٧١ ـ فأما الجنايات والعقود بغير اذن المولى لا تسمع ، بل الخصم في ذلك هو المولى •

٦٧٢ ـ واذ قد ذكرنا حكم دعوى البالغ الحر والعبد الماذون ومن ذكرناه فبقي دعوى الغير عن الغير •

باب دعوى الولي عن الصغير

وهذا باب دعوى الولى عن الصغير :

٦٧٣ ـ اعلم ان الصغير لما كان غير مكلف وكان يحتاج الى ما يحتاج البالغ من المأكول والمشروب والملبوس والتعليم ، وكان عاجزا عن ذلك غير كامل ولا مكلف رخص الشرع في التصرف في ماله لوليه كأبيه وجده اذا كانا من أهل الولاية •

---

(١) يراد بالعبد القن غير المدبر ولا المكاتب ولا من اعتق بعضه لان العبد القن في اللغة هو العبد للتعبيدة أو هو الذى ملك هو وابواه وخالص العبودة وقال اللحيانى العبد القن الذى ولد عندك ولا يستطيع ان يخرج عنك والقن يقال للمفرد والاثنين والجمع والمؤنث وقد حكي في جمعه اقنان واقنة والاخيرة نادرة • قال جرير :

ان سليطا في الخسار انه ... ابناء قوم خلقوا أقنه

والانثى قن بغير هاء ويقابل العبد القن عبد المملكة وكان القن مأخوذ من القنية وهي الملك •

واقتن قنا اتخذه وانه لعبد بين القنانة أو القينانة والقنونة •

صفات الولي على الصغير

٦٧٤ ـ وانما يكونان كذلك اذا كانا عدلين أمينين ، لا اختلاف بينهما في دين ولا دار ولهما ضبط وتمييز •

شرط تصرف الولي عليه

٦٧٥ ـ ولا يجوز تصرف الولى عليه حتى يكون للصبى فيه النفع ، ولا يكون عليه فيه مضرة •

٦٧٦ ـ ولا يبيع ما فيه غبن ماله •

٦٧٧ ـ وليس له اسقاط حقوقه الواجبة له بغير عوض يحصل له ، أو غرض يوفى على ذلك •

٦٧٨ ـ وسنبين في المعاملات ما يجب من ذلك وأما الغرض ههنا انه يجوز للولى أن يدعى الحق الذى يجب للصغير على غيره من أثمان البياعات وقيم المتلفات واروش الجنايات •

٦٧٩ ـ وله أن يقيم البينة بذلك •

٦٨٠ ـ ويتسلم ما قضى به للصبى من ثمن أو مهر أو أجرة أو نفقة •

٦٨١ ـ وهو اولى بالتصرف من الحاكم والام وسائر الاقارب •

٦٨٢ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « أنت ومالك لابيك » •

٦٨٣ ـ وأول فائدة هذه الاضافة ان تفيد جواز التصرف •

٦٨٤ ـ وله أن يستنيب في الخصومة • ويوكل في كل ما يجوز أن يتولاه بنفسه •

٦٨٥ ـ وكل تصرفه يلزم الصبي بعد بلوغه • وليس له ابطـال ما اجزنا له التصرف فيه بعد البلوغ •

٦٨٦ ـ ولما كان له التصرف بنفسه وبغيره ، وجب ذكر جواز نيـابة الغـير •

باب جواز دعوى الوكيل لغيره

وهذا باب يذكر فيه جواز دعوى الوكيل لغيره •

٦٨٧ ـ اعلم ان الوكيل اذا صحت وكالته ولزمت حجته جاز للقاضي أن يسمع دعواه ، والدعوى عليه فيما يصح أن يتولاه لغيره •

٦٨٨ ـ وهو كالولى ، لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن امية الضمرى[1] في تزويج أم حبيبة ، وعروة البارقى[2] في شراء اضحية • وكذلك ائمة العدل ووجوه الصحابة والتابعين ، وهو عمل الناس في جميع الامصار •

٦٨٩ ـ وللوكيل المخاصمة فيما وكل به مـا لم يخرج من الوكالة بموت

---

(١) هو عمرو بن أمية بن خويلد بن عبدالله الكيالى الضمرى ، يكنى ابا أمية ، بعثه النبي (ص) وحده عينا الى قريش فحمل حبيب بن عدى من الخشبة التى صلب عليها، وارسله الى النجاشي وكيلا فعقد له على أم حبيبة بنت ابى سفيان واسلم قديما وهو من مهاجرة الحبشة ثم هاجر الى المدينـة واول مشـاهده بئر معونة ، كان رسول الله يبعثه في اموره وكان من انجـاد العرب نجـدة وجراءة ، روى عنه اولاده جعفر والفضل وعبدالله وابن اخيـه الزبرقان بن عبـدالله بن أمية ، وهو معدود من اهل الحجاز ، وتوفى فى اخر أيام معاوية قبل الستين (اسد الغابة ٤/٨٥ـ٨٦) •

(٢) هو عروة بن عياض بن ابى الجعـد البـارقى ، وبارق من الازد ، ويقال ان بارقا جبل نزله بعض الازد فنسبوا اليه ، استعمله عمر بن الخطاب على قضاء الكوفة وضم اليه سلمان من ربيعة الباهلى وذلك قبل ان يستقضى شريحا • وهو من جلة من سير الى الشام من أهل الكوفة في خـلافة عثمان بن عفان (ر) (اسد الغابة ٣/٤٠٤ ـ ٤٠٥) •

الموكل أو موت من وكل عليه أو عزل نفسه او عزل من وكله أو بلوغ من وكل له من الصغار أو موتهم •

٦٩٠ ـ وسنذكر في كتاب الوكالة ما يجوز من ذلك وما لا يجوز ، ونذكر الخلاف في مسائل الخلاف في ذلك •

٦٩١ ـ وتصرف الوكيل موقوف على الأمر ، فليس له ان يتصرف في غير ما امر به •

٦٩٢ ـ وقد يتصرف عن البالغ تارة وعن الصغير أخرى •

٦٩٣ ـ ولما جاز أن يموت الوكيل والولي ويحتاج الصغير الى من يتصرف عليه وجب ذكر ذلك ، وليس ذلك الا الى الامين •

وهذا باب يذكر فيه دعوى الامين

نصب الأمناء

٦٩٤ ـ ولما كان القاضي منصوبا للتصرف في مصالح المسلمين ، وهو نائب عن الامام ، وكان يجب عليه حفظ ما انتهى اليه من أمر او مال او حفظ ضالة أو تسلم مال تركة أو وقف أو وصية ، وكان لا يجوز له ان يتولى ذلك بنفسه، ولا يقوم بحفظ ما يجب عليه لكثرته ، جعل الشرع له ان ينصب الامناء على الايتام والوقوف ومال من غاب من الناس ، وبيع ما يجب بيعه وحفظ ثمنه ، وكان مصونا عن ان يدعى عليه الدعاوى في عقوده وما يأمر به جعل ذلك الى أمينه ليخرج من هذه العهدة[1] فلهذا قلنا يجوز للامين ان يدعي عن غيره وان يدعى عليه ما يجب على الغير اذا لم يمكن أن يقضى عليه •

---

(١) العهدة بالضم : كتاب الحلف ، وكتاب الشراء ، والضعف في الخط وفي العقل والرجعة ، تقول : لا عهدة لي ، اى لا رجعة ، وعهدته على فلان ما ادرك فيه من درك فاصلاحه عليه واستعهد من صاحبه اشترط عليه وكتب عليه عهدة ، وفلانا من نفســه ضمنه حوادث نفسه • وككتف من يتعاهـــد الامور والولايات (القاموس المحيط)

٦٩٥ ـ ويكون الامين كالولى والوكيل فى ذلك •

٦٩٦ ـ وهذا لا خلاف فيه ان للقاضى ان يفعله بمطلق الولاية ، ويستفيده بنظر الحكم •

إطلاق التصرف للأمين وتقييده

٦٩٧ ـ وقد يجعل القاضى الى الامين التصرف على سبيل العموم تارة وعلى سبيل الخصوص اخرى •

٦٩٨ ـ وهذا يقتضى ذكر ما يصير به تصرفه عاما ، وذلك انما يكون بان يجعله وصيا •

باب دعوى الوصي

وهذا باب يذكر فيه دعوى الوصى :

٦٩٩ ـ اعلم انه لما كان التصرف يقع على وجهين عن الغير : فى حال الحياة وفيما بعد الموت جوز له ان يوكل حال الحياة وان يوصى الى غيره بعد الموت•

٧٠٠ ـ فالوكيل لا يتصرف بعد موت الموكل فيما وكل به • والوصى لا يتصرف حال حياة الموصى فيما اسند اليه بلا خلاف فى هذه الجملة •

٧٠١ ـ ويكون الوصى وصيا من جهة الانسان فى ماله ، وفيما يتعلق به ، ويكون وصيا فيما يتعلق بغيره كولده •

٧٠٢ ـ وتثبت الوصية للوصى بالاب والجد وان علا فى حق صغار ولده ، ويكون وصيا بقول القاضى له : جعلتك وصيا على مال فلان أو ورثته الصغار •

٧٠٣ ـ وسنذكر فى الوصايا ما يجوز تصرفه فيه وما لا يجوز ، ونذكر الخلاف فى مسائل الوصايا ان شاء الله ، وانما ذكرنا ههنا جواز دعواه والدعوى عليه •

٧٠٤ ـ واذ قد ذكرنا ذلك ، وجب ان نذكر حكم الدعوى له ولغيره .

باب دعوى الشريك والدعوى عليه

وهذا باب دعوى الشريك والدعوى عليه .

أنواع الشركات

٧٠٥ ـ والشركة على ضربين : شركة عقود ، وشركة املاك .

شركة الأملاك

٧٠٦ ـ وشركة الاملاك تصح ويثبت حكمها من المكلف وغير المكلف كالميراث والوصية واروش الاتلاف ، وما يدعى على الميت ويدعيه له ، فالواحد ينوب فيه عن الجماعة .

شركة العقود وأنواعها

٧٠٧ ـ والشركة فى العقود تنقسم الى اربعة أقسام :
منها مفاوضة .
ومنها عنـــان .
ومنها شركة ابدان .
والرابع شركة وجوه .
٧٠٨ ـ وسنذكر فى كتاب الشركة حكم ذلك ، والخلاف فيه .
وانما ذكرنا ههنا دعوى الشريك على غيره بما يجب لشريكه ، والدعوى عليه . وهذا مجمع على صحته اذا صحت الشـــركة بأن يدعى انه اشـــترى له ولشريكه .

٧٠٩ ـ واذ قد ذكرنا جواز دعوى الشريك فى الوجوه الاربعة ، وكان من الشركة ما يكون من أحد الجانبين مال ومن الاخر عمل وجب ذكر ذلك.

باب دعوى المضارب[1]

وهذا باب دعوى المضارب ٠

٧١٠ ـ والمضاربة اذا صحت جاز للعامل الدعوى على غيره لمال المضاربة ، وتكون كدعواه ودعوى رب المال اذا اجتمعا فى الدعوى لذلك ٠

٧١١ ـ وسنذكر فى كتاب المضاربة ما يدعيه كل واحد على صاحبه ، وعلى غيره ٠ ونذكر الخلاف فيما فيه خلاف والوفاق فيما فيه وفاق ٠

٧١٢ ـ واذ قد ذكرنا ذلك وجب ذكر دعوى المولى عن العبيد ٠

باب دعوى المولى على عبده وعن عبده

وهذا باب يذكر فيه جواز دعوى المولى على عبده وعن عبده ٠

٧١٣ ـ أما ما يدعيه عن عبده فهو كل حق يجب للمولى ويكون قوله فيه مقبولا كالجناية عليه خطأ ٠

٧١٤ ـ وكل مالا يقبل فيه قوله على العبد فالخصم فيه العبد ، وهذا كالقتل العمد والردة والزنا والقذف والسرقة اذا كانت الدعوى لطلب القطع ،وان كانت لوجوب الضمان سمعت على المولى ٠

٧١٥ ـ وسنذكر فى العتاق والكتابة والتدبير والاستيلاد دعوى العبد على مولاه ، ودعوى المولى عليه ان شاء الله ، ونذكر الخلاف فى ذلك والوفاق ، ونرتب ذلك كما رتبنا غيره ٠

٧١٦ ـ واذ قد ذكرنا حكم المقضى له ، وهو المدعى فلنذكر حكم المقضى عليه وهو المدعى عليه ٠

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة ضرب : ضرب في التجارة وفي الارض وفى سبيل الله ، وضاربه في المال مضاربة ، وهي القراض [في مصطلح الفقه المالـكى] والمضاربة ان تعطي انسانا من مالك ما يتجر فيه ، على ان يكون الربح بينكما ، أو يكون له سهم معلوم من الربح ، وكأنه مأخوذ من الضرب في الأرض لطلب الرزق ، قال تعالى « وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله ٠ قال وعلى قياس هذا يقال للعامل ضارب ، لأنه هو الذي يضرب في الارض ٠ قال وجائز ان يكون كل واحد من رب المال ومن العامل يسمى مضاربا لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه وكذلك المقارض ٠

باب المقضي عليه

وهذا باب نذكر فيه أحوال المدعى عليه وصفاته التي يكون عليها •

أهلية المدعي عليه

٧١٧ ـ والدعوى لا تصح على من لا يقبل قوله لو اعترف بها وصدق المدعي ، وهذا كالدعوى على الصغير والمجنون ومن ليس له تمييز •

شرط الصفة

٧١٨ ـ ولا على من له تمييز ولكن الحق لا يلزمه وانما يلزم غيره اذا لم يكن بينهما شيء يوجب قبول قوله عليه •

٧١٩ ـ فاما اذا كان كالنائب عن غيره أو يتصرف عليه بالولاية فسنبين في كل كتاب ما يقبل اقراره فيه وما لا يقبل ، ونذكر الخلاف في ذلك ان شاء الله ونبين كيفية القضاء عليه وله في الدعاوى ، فيحتاج ان يكون عاقلا مميزا •

٧٢٠ ـ وقد يجوز ان يكون حرا ، ويجوز ان يكون عبدا ، ويجوز ان يكون ذكرا ويجوز ان يكون انثى ، ويجوز ان يكون مأذونا له في التجارة عاقلا غير بالغ ، ويجوز ان يكون مسلما ، ويجوز ان يكون كافرا ، وهذه صفة المدعى عليه اذا ادعى عليه ، وقد يكون حاضرا ويكون غائبا •

باب القضاء على الحاضر في المجلس والبلد

وهذا باب يذكر فيه القضاء على الحاضر في المجلس والبلد •

٧٢١ ـ اجمع الفقهاء على العدوى على من في البلد اذا كان صحيحا سالما انه يعدى عليه ويحضره مجلس الحكم •

٧٢٢ ـ فاذا حضر سمع من المدعى دعواه وسأل المدعى عليه عن الدعوى اذا صحت ، فان أقر امره بالخروج مما اقر به .

٧٢٣ ـ وان لم يقر سأل المدعى البينة .

٧٢٤ ـ ولا يسمع البينة الا بعد الانكار وهذا فصل لا خلاف فيه انه لا يسمع البينة اذا سكت ، ولابد من الانكار ليصح سماع البينة .

٧٢٥ ـ وهو اصلنا فى القضاء على الغائب ، انه لا يقضى عليه حتى يوجد الانكار الذى هو شرط سماع البينة .

٧٢٦ ـ وقد قال اصحابنا :

لو كان غائبا عن المصر على مسيرة أقل من نصف يوم لم يعد عليه الا ببينة تشهد عليه ان له عليه هذه الدعوى ، فيحضره له .

٧٢٧ ـ قال الطحاوى :

« وهذا قول ابى يوسف ، وكان لا يسأل عن شهود العدوى » ، وقد ذكرنا الرواية فيما تقدم من رواية ابن سماعة .

٧٢٨ ـ وقال مالك ان كان غائبا على اقل من مسيرة تقصر فيها الصلاة سمع من المدعى بينه فى الدين ، ولم يسمع بينته على العقار .

٧٢٩ ـ وقال الشافعى : لم يعد عليه ببلد فيه حاكم ، ويقال للخصم : امض فخاصمه هناك .

٧٣٠ ـ واختلف اصحاب الشافعي اذا كان فى البلد هل يسمع بينته على وجهين :

احدهما أنه يسمع ويقضى عليه كالغائب .

والثانى وهو المذهب انها لا تسمع كالحاضر فى مجلس الحكم .

الدعوى على العليل ومن إليه

٧٣١ ـ واذا كان المدعى عليه عليلا لا يمكنه حضور مجلس الحكم ، وصح ذلك عند القاضي قال للمدعى :

ـ اصبر حتى يصير خصمك الى حال يمكنه الحضور •

فان امكنه الحضور احضره •

٧٣٢ ـ فان لم يصبر وطلب المدعى الحكم فان القاضي يرسل اليه أمينا من امنائه ومعه شاهدين ممن يعرف المريض ، وكذلك ان كانت أمرأة غير برزة فهى مثل المريض ، فيذكر الامين صفة المدعى ودعواه وان القاضي أمره ان يسألك ذلك ، فان جحدت احلفتك كما أمر القاضي •

٧٣٣ ـ فأن أقر المريض او المرأة شهد الشاهدان وامره الامين ان يوكل وكيلا يحضر معه مجلس الحكم ليخاصم المدعى •

٧٣٤ ـ فاذا وكل حضر الشاهدان وشهدا بما أقر به بمحضر من وكيله وكذلك اذا جحد يقيم خصما له أو عليه ببينة المدعى ، وان كان قد حلف أيضا •

٧٣٥ ـ واذا ابى ان يحلف عرض عليه اليمين ثلاث مرات ، فاذا تحقق النكول حضر وكيله فشهد بذلك الشاهدان بمحضر من الوكيل والزم القاضي ذلك الحق •

٧٣٦ ـ وسنذكر ما فى اليمين والنكول فى موضعه ان شاء الله •

٧٣٧ ـ وللمدعى ان يصبر حتى يبرأ المريض فيحضره الى القاضي فيستحلفه على الدعوى •

٧٣٨ ـ وهذا حكم الدعوى على العليل والمرأة التى لم تبرز •

فصـــــل

في الترجمة

٧٣٩ ـ فان كان المدعى او المدعى عليه اعجميا اولا يعرف القاضى لغته ، وهما او احدهما على هذه الصفة أو لا يعرف احدهما الاخر فعلى القاضى ان يأمر عدلين يترجمان للمدعى وللمدعى عليه وله ، ويفهم هو ايضا ذلك .

٧٤٠ ـ وهذا قول محمد بن الحسن (الشيبانى) وزفر ، والظاهر من قول الشافعى انه يعتبر فى الترجمة اثنين ، ولا يقبل اقل من ذلك .

٧٤١ ـ وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقبل قول الواحد العدل فى الترجمة

فصـــــل

في الأخرس

٧٤٢ ـ وان كان الرجل اخرس يفهم الاشارة أمر الحـاكم عدلين ان يشيرا اليه بما يدعى عليه ، فان جحد سمعت بينة المدعى ، وان لم تكن بينة استحلفه بالاشارة على ما يفهمه ، لان الاخرس فى الدعاوى والعقود كالناطق

٧٤٣ ـ وانما الخلاف فى شهادته ولعانه .

٧٤٤ ـ ومن الفقهاء من قال لا يصح اقراره بالاشارة لانها لا تقوم مقام الكلام ، ذكر الخلاف الخصاف فى أدبه للقضاء ، وسنذكر ذلك فى الشهادات ان شاء الله .

فصـــــل

الدعوى على الطفل في حجر القاضي

٧٤٥ ـ فان كان المدعى عليه طفلا فى حجر القاضى اقام له وكيلا يدفع عنه ويقول :

لا علم لى بما يدعيه على فلان .

٧٤٦ ـ وان حضر طفل الى القاضي وقال :

ـ ان لي مالاً ولا قيم لي عليه •

فان القاضي يقيم له قيما بما يحفظ ما يذكر انه له •

٧٤٧ ـ وحال الحاضر لا يخلو من هذه الاقسام كلها •

٧٤٨ ـ واذ قد ذكرنا ذلك فلنذكر القضاء على الغائب •

باب القضاء على الغائب

وهذا باب جواز القضاء على الغائب وما قيل في ذلك •

٧٤٩ ـ قال أبو حنيفة ومحمد : لا يجوز القضاء على الغائب ، ولا تسمع عليه بينة إلا أن يحضر أو يحضر وكيل له فيقضي عليه حينئذٍ ، ولا فرق بين سائر الأموال والحقوق في ذلك •

٧٥٠ ـ وروي عن أبي يوسف انه كان يأخذ في ذلك بالاعذار فيقول :

ان يغب ولم يحضر وصح ذلك عند الحاكم انه في منزله نادى على بابه على ماذكرناه فيما تقدم ، وأقام عنه قيما وسمع من البينة •

٧٥١ ـ وكان مالك بن أنس يقضي على الغائب في الدين دون العقار ، ودون غيره من الحقوق الا ان يغيب غيبة منقطعة فيقضي حينئذ في الجميع •

٧٥٢ ـ وكان الشافعي يقضي على الغائب بما يقضي به على الحاضر من البينة •

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعلي بن ابي طالب رضي الله عنه حين ولاه اليمن :

ـ لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر فجعل شرط القضاء عليه سماع قول الآخر •

٧٥٣ ـ واذا لم يجز القضاء للغائب من غير خصم فكذلك القضاء عليه ، لأنه أحد الخصمين •

٧٥٤ ـ واذ قد ذكرنا الغائب وجب ان نذكر من غاب الى المعاد •

باب جواز القضاء على الميت

وهذا باب يذكرب فيه جواز القضاء على الميت •

٧٥٥ ـ والموت لا يبطل ما على الميت من حقوق الأموال ، ولا يبطل ماله من ذلك ، وان بطل بعض[1] الحقوق التي ليست بمال ولا تؤول الى مال كخيار الشرط والنكاح وخيار الشفعة والقبول •

٧٥٦ ـ وأجمعوا على أن حقوقه المالية تستوفى له بعد الموت على حكم ملكه ، وتقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه •

٧٥٧ ـ وان موته لا يبطل ما عليه من حق اذا خلف تركة •

٧٥٨ ـ والحكم على الميت لا على ورثته ، ولهذا يجوز الحكم بحضور بعض الورثة أو الوصي ، وهذا لا خلاف فيه بين العلماء نعلمه •

٧٥٩ ـ وسنذكر في كل كتاب من المعاملات ما قيل •

٧٦٠ ـ واذا صحت الدعوى عليه فكيف يقضى عليه •

باب كيفية القضاء على الميت

وهذا باب كيفية القضاء على الميت :

٧٦١ ـ قال أصحابنا :

ولا يثبت الحق على الميت الا بحضور بعض الورثة أو الوصي عنه أو وصي يقيمه القاضي عنه •

٧٦٢ ـ ولا يثبت الحق عليه بدعوى على غريم له عليه دين ، ولا موصى له بشيء من ماله ، ولا يكون أحد منهما عنه خصماً

٧٦٣ ـ واذا ثبت الحق عليه إستحلف المقضي له انه ما استوفاه ولا ابرأه ولا اعتاض عنه ، ولا وجد من جهته ما يبطل حقه[2] •

٧٦٤ ـ وسنذكر عند الايمان كيفية اليمين •

---

(١) فى نسخة قليج : بعد

(٢) هذه هي يمين الاستظهار المنصوص عليها فيالفقرة (أ) من المادة (٤٨٤) من القانون المدني العراقي •

٧٦٥ – وان أسقط الوارث يمينه لم يسقط لأنها يمين على حق للميت •
٧٦٦ – واذ قد ذكرنا القضاء على الميت فلنذكر القضاء على وارثه •

باب كيفية القضاء على الورثة

وهذا باب كيفية القضاء على الورثة •

٧٦٧ – قد قلنا ان القضاء على الميت يقع لا على الورثة ، وان الوارث نائب عنه في التركة ، يستوفى ما وجب له ، دون ما لم يجب له ، فاذا ادعى رجل وله وارث سواه لزم المقر في حصته حتى يستغرق حصته عندنا •

٧٦٨ – وقال الشافعي يلزمه في مقدار ما يخصه •

٧٦٩ – وسنذكر ذلك في الاقرار •

٧٦٩ – وان كانت عيناً أخذ حصة المقر والباقون على حقوقهم في قول الفريقين •

٧٧٠ – وان كان الورثة صغاراً أقام له القاضي وصياً فيدلي بحجة الصغار ، فاذا ثبت الحق لم يسلمه اليه حتى يستحلف مع البينة •

٧٧١ – فاذا كان الورثة في بلد والغرماء والمال في آخر ، فطلب الغرماء ان يسمع بينتهم ويقضي لهم بحقوقهم وينصب عنهم وصياً ، فان كان البلد منقطعاً لا يصله الناس فعل ذلك ، ونصب لهم وصياً •

وان كان البلد غير منقطع لم يثبت حقوقهم ولم يسمع بينة عليهم حتى يحضر بعضهم •

٧٧٢ – وان طلبوا منه ان يسمع ويكتب الى حاكم البلد الذي فيه الورثة كتب لهم بما يصح عنده من ذلك ، ثم يعمل المكتوب اليه بعد الثبوت بما كان يعمله من القضاء واليمين ، ويسمع من الورثةمالهم من حجة ثم يكتب الى الاول يعرفه ما فعل ليستوفي لهم ما لهم من التركة وما عليهم من الايمان •

٧٧٣ – وقال الشافعي :

يثبت الحق عليهم ، وهي مسألة القضاء على الغائب ، ويثبت الحكم دون نقل الشهادة •

٧٧٤ ـ واذا قال الغريم : ان مال الميت قـــد تفرقه الورثة وأتلفوه فاحجر عليه حتى أقيم بينة بحقى ، لم يجبه الى ذلك حتى يثبت حقه •

٧٧٥ ـ وقد قال بعض اصحابنا :

ان راى القاضي ذلك على سبيل الاحتياط اياما فعل ذلك[١] . فان لم يثبت له شيء والا أطلق يد الوارث •

هذا ان كان الوارث غير مأمون ، وان كان مأمونا لم يفعل ذلك •

وكذلك ان ادعى رجل وصية واستحسن القاضي ذلك فعله •

وهذا على حسب اجتهاد القاضي وما يقع في قلبه •

٧٧٦ ـ وان كان بعض الورثة صغيرا حاضرا وبعضهم غائبا ، نصب عن الصغير وصيا ، فاذا قضى عليه كان القضاء على الصغير والكبير الغائب •

٧٧٧ ـ وهذا قولهم جميعا •

٧٧٨ ـ ولو كان للميت ولدان كبيران احدهما غائب والاخر حاضر ، فقال الحاضر :

لابى على فلان الف درهم ، ولى مثل ذلك على أبى •

فانه يسمع بينة الاب على الاجنبى ، ولا يسمع بينة الوارث الا على الوارث أو الوصى •

٧٧٩ ـ وقال الشافعي : يسمع ايضا بينة الوارث •

وهو فرع لمسئلة القضاء على الغائب •

٧٨٠ ـ واقرار الوصى بعين من التركة أو دين لا يقبـل ، وان كان وارثا قبل في حصته •

٧٨١ ـ واذا ترك الرجل الميت الف درهم وعليه دين ، وترك ابنا ، فقال الابن :

ـ هذه وديعة كانت عند أبي لفلان • وصدقه فلان وغريم الميت أو كذبوه أو قال الغريم لا أدرى لمن هى ، أو قال الابن : لا أدرى لمن هى ، ولكن ليست

---

(١) هذا شبيه بالحجز الاحتياطى فى قانون المرافعات المدنية •

لابى ، فانها للغرماء دون مدعى الوديعة ، ولا يصدق الغرماء في كونهـا وديعة لانهم يجعلون الميت مرتهنا في قبره •

٧٨٢ ـ ولا يمين على الوارث للمدعى لان اقراره لا يقبل •

٧٨٣ ـ فان قال الغرماء : انا نعلم انها لهذا المدعى فان القاضى يقضيهم الالف ، ويرجع المدعى للوديعة عليهم فياخذ الالف منهم باقرارهم انها له •

٧٨٤ ـ واذا قد ذكرنا القضاء على الميت ومن ذكرناه ، وجب ذكر القضاء على من هرب من الخصم •

باب القضاء على من هرب من الخصم

وهذا باب يذكر فيه القضاء على من هرب وتغيب •

٧٨٥ ـ واذا هرب الخصم من الحكم فلا يخلو :

أما أن يكون قبل سماع الدعوى والبينة •

أو بعد سماع الدعوى والبينة •

أو بعد سماع الدعوى قبل سماع البينة •

٧٨٦ ـ فان هرب قبل ذلك كله فهو كالغائب عن القاضى على اختلاف المذاهب :

فمن يقضى على الغائب يقضى عليه •

ومن لا يقضى على الغائب لا يقضى عليه •

٧٨٧ ـ وان كان بعـد سماع البينة لم يؤثر هربه في الحـكم ، وكان للقاضى أن يقضى عليه وينفذ الحكم الذى يوجبه عليه اذا كانت البينة معدلة •

٧٨٨ ـ وان كان مما يجب على المدعى اليمين مع البينة استحلف المدعى لانه يستحلف وان لم يطلب ذلك الخصم في مواضع منها الرد بالعيب والشفعة والدين على الميت •

٧٨٩ ـ وسنبين ذلك فيما بعد ان شاء الله •

٧٩٠ ـ وقد ذكرنا ما قال أبو يوسف في النداء على بابه ثلاثا ، ثم نصب الخصم عنه ، ثم القضاء عليه . وذكرنا قوله فيما تقدم من هذا الكتاب ، وبينا كيفية الطلب والاحضار والهجم[1] على البيوت ، وختم الابواب ، وما فى ذلك من خلاف .

٧٩١ ـ وليس في هرب الخصم اعتراف منه بالدعوى ، ولا تصديق للمدعى فيما ادعاه ، وقد يجوز أن يكون عاجزا عن الجواب فيلزمه ما لا يتوجه عليه .

فالقاضى يفعل في ذلك ما يؤدى اليه اجتهاده ورأيه فى الحكم عليه ، والامتناع من الحكم عليه .

٧٩٢ ـ واذ قد ذكرنا صفة المقضى عليه وأحواله ، فلنذكر ما يقع القضاء به من الامور .

---

(١) في لسان العرب : هجم على القوم يهجم هجوما انتهى اليهم بغتة ... وهجم البيت يهجمه هجما هدمه .

باب ما يقع القضاء به

٧٩٣ - وأما الكلام فيما يقع القضاء به من الامور كالبينة والعلم والاقرار والايمان فيشتمل على أبواب :

منها الكلام فى الشهود •

باب الشهادة

٧٩٤ - اعلم ان الشهادة[1] على الحق للمدعى أحد طرق الحاكم الى الحكم والقضاء •

٧٩٥ - وهى آكد الحجج والطرق ، لانه لا خلاف في وجوب العمل بها فى الحدود والقصاص والاموال والفروج •

٧٩٦ - واختلفوا فى علم القاضى هل يقضى به أم لا ، على ما نبينه فى بابه وموضعه •

٧٩٧ - فالشهود حجة لله تعالى ولرسوله وللمؤمنين بعضهم على بعض •

٧٩٨ - وهى رتبة شريفة ومنزلة جليلة • قال الله تعالى :

---

(١) جاء في القاموس المحيط الشهادة خبر قاطع ، وقد شهد كعلم وكرم •• وشهده كسمعه شهودا : حضره فهو شاهد ، ج : شهود وشهّد •
وشهد لزيد بكذا شهادة ادى ما عنده من الشهادة فهو شاهد • ج شهد بالفتح ، جج شهود واشهاد •
واستشهده : سأله ان يشهد
والشهيد وتكسر شينه : الشاهد ، والامين في شهادة ، والذي لا يغيب عن علمه شيء ، والقتيل فى سبيل الله ،لان ملائكة الرحمة تشهده ، أو لان الله تعالى وملائكته شهود له بالجنة ، أو لانه ممن يستشهد يوم القيامة على الامم الخالية ، أو لسقوطه على الشاهدة أى الارض ، أو لانه حيى عند ربه حاضر أو لانه يشهد ملكوت الله وملكه ج شهداء • والاسم الشهادة •
واشهد بكذا : اى احلف
وشاهده : عاينه ••
واشهده : احضره •
وفي لسان العرب : رجل شاهد وكذلك الانثى ، والشهادة خبر قاطع •

« شهد الله انه لا اله الا هو والملائكة وأولوا العلم ، قائما بالقسط »[1] •

وقال تعالى :

كنتم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر[2] •

وقال :

« لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا »[3] •

٧٩٩ ـ فالله تعالى شهيد على رسله بما اوحي اليهم ، وبما فعلوه في اداء الرسالة ، والرسول شهيد على الصحابة واتباعه بما أدى اليهم من الشرع وبين لهم من الدين وافترض عليهم من الاحكام •

والجيل الاول شهود على الجيل الثاني وكل أمة عن من بعدهم •

٨٠٠ ـ وقد جمع الله تعالى بين العلماء في الآية الاولى وبين الانبياء لمشاركة العلماء للانبياء عليهم السلام في العلم ، وأفردت الامة في الآية الثانية بالثناء والمدح ، وجعلهم في الآية الثالثة شهداء على الناس ، وأشهد الرسول عليه السلام •

٨٠١ ـ فالشهود لهم مراتب يتفاضلون فيها كما يتفاضل الرسل في المنازل مع تساويهم في الرسالة ، فكذلك الشهود •

٨٠٢ ـ وقد أمر الله تعالى بالشهادة وبين لنا صفة الشهود بعد أن بين لنا العدد[4] •

---

(١) آل عمران ٣/١٨ •

(٢) آل عمران ٣/١١٠

(٣) البقرة ٢/١٤٣ •

(٤) من الآيات الواردة بوجوب أداء الشهادة وصفة الشهود الخ :

١ ـ ومن أظلم ممن كتم شهادة عنده من الله (٢/١٤٠) •

٢ ـ فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم (٤/٦) •

٣ ـ يا أيها الذين آمنو شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم ، أو آخران من غيركم (٥/١٠٦) •

٤ ـ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى ، ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا (٢/٢٨٢) •

٥ ـ واشهدوا اذا تبايعتم (٢/٢٨٢) •

٨٠٣ ـ وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه »[1] .

وقال : « اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع » .

وقال الله تعالى :

« الا من شهد بالحق وهم يعلمون »[2] .

٨٠٤ ـ فالشهود أمناء الله والرسول والامة فينبغى لمن ميزه الله تعالى على خلقه بقبول القول على غيره ونفوذ شهادته عليه ان يعرف الله تعالى وما شرفه به وميزه ورفع من قدره وعظمه ، فيسوى بين ظاهره وباطنه وسره وعلانيته .

اختيار القاضي شهوده

٨٠٥ ـ وعلى القاضى أن يختار من الشهود كل معروف السريرة طاهر السيرة ميمون النقيبة[3] طاهر الاخلاق .

وسنبين في (باب) ذكر العدالة ما يجب من ذلك ويشترط .

٨٠٦ـ فيوفى كل شاهد حقه من الاكرام وموضعه من الدين ، ويزيد فى منزلة من ظاهره اجمل وباطنه اسلم ، ليقتدى به فى الطريقة بقية الشهود ويسلكوا سبيله فى التحرج والتحفظ والتيقظ .

٨٠٧ ـ وهـــذا باب طويل وفيه علم كثير يتشعب الى شــعب كثيرة وأمور جمة ، وهذا كلام فى الجملة دون التفصيل .

---

٦ ـ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين .. فلا تتبعوا الهوى ان تعـدلوا ، وان تلوُوا أو تعرضوا فان الله كان بما تعملون خبيرا (٤/١٣٥) .

٧ ـ يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين لله ، شهداء بالقسط ، ولا يجرمنكم شنآن قوم على الا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى (٥/٨) .

(١) انظر الهامش (١) في ، ص ١٦٣ والهامش (٢) في ، ص ١٦٣ .

(٢) ولا يملك الذين يدعون من دونه الشفاعة ، الا من شهد بالحق وهم يعلمون (الزخرف ٤٣/٨٦) .

(٣) فى لسان العرب : هو حسن النقيبة أى جميل الخليقة .

٨٠٨ ـ واذ قد ذكرنا حكم الجملة فلنذكر التفصيل •

باب الكلام في عدد الشهود

وهذا باب الكلام فى عدد الشهود •

٨٠٩ ـ اعلم ان الشرع ورد باعتبار العدد فى الشهادة ، وخالف فى مواضع قبول الشهادة •

عدد الشهود في الزنا والقذف

٨١٠ ـ فاعتبر فى الزنا أربعة لا امرأة فيهم ولا عبد ولا صبي ولا مجنون ولا متهم •

٨١١ ـ واجمع الفقهاء على قبول الشهادة فى ذلك من العرب والعجم وسائر أصناف الناس اذا كانوا عدولا ، وسنبين صفة العدل في بابه •

٨١٢ ـ وليس من شرط الشهادة أن يكون قرشيا أو عربيا أو عالما بالاحكام أو يحفظ القرآن أو الآثار والسيرة (النبوية) •

٨١٣ ـ وكل رجل يجوز قبول قوله في الحدود يجوز قبول قوله فى غير الحدود •

٨١٤ ـ وكل عدد تثبت به الحدود[1] يجوز أن يثبت به غير الحدود •

٨١٥ ـ ويجوز أن يثبت غير الحدود بما لا يثبت به الحد •

عدد الشهود في القصاص

٨١٦ ـ والاربعة تعتبر فى حد الزنا والقذف ليسقط الحد عن القاذف •

٨١٧ ـ ويقبل فى القصاص شهادة رجلين •

عدد الشهود في الديات

٨١٨ ـ وفى الديات شهادة رجل وامرأتين ، وكذلك النكاح وسائر العقود عنـــدنا •

---

(١) كلمة : به الحدود لم ترد فى النسخة المعتمدة •

٨١٩ ـ فأكمل الشهادات أربعة رجال وبعدها رجلان وبعدها رجل وامرأتان •

شهادة الواحد

٨٢٠ ـ وشهادة الواحد مقبولة[1] ، ولها باب يجيء والنساء لهن باب •

٨٢١ ـ واذ قد ذكرنا العدد في الشهادة فقد بقي أن نصف العدد بصفة

باب الكلام في صفة الشهود

وهذا باب الكلام في صفة الشهود •

٨٢٢ ـ اعلم ان اسم الشاهد يقع على المحق والمبطل ، فيقال شاهد عدل وشاهد جور •

٨٢٣ ـ واذا قلت : شاهد ، اشتمل على مشهود به ، ومشهود له ، ومشهود عليه ، ومشهود عنده •

٨٢٤ ـ فالمشهود به : الحق المقضى به •

٨٢٥ ـ والمشهود له : المدعى •

٨٢٦ ـ والمشهود عليه : المدعى عليه •

٨٢٧ ـ والمشهود عنده : الحاكم •

وقد تقدم ذكر ذلك الا المقضي به •

شروط الشاهد

٨٣٠ ـ ولا يكون شاهدا في الشرع مقبول القول في الحقوق حتى يجتمع فيه شرائط : منها أن يكون بالغا ، ومنها أن يكون عاقلا ، ومنها أن يكون حرا ، ومنها أن يكون مسلما ، ومنها أن يكون عدلا ، ومنها أن يكون عالما بما يشهد به من الحقوق أو في حكم العالم بذلك •

---

(١) في النسخة المعتمدة : مقبولة في الديات •

شرط البلوغ

شهادة الصبيان في الجراح

٨٣١ ـ أما اعتبار البلوغ فى الشاهد فمجمع عليه فى سائر الحقوق المحكوم بها ، وهذا قولنا وقول الشافعي ان الصبى لا يقبل قوله في الشهادة على غيره •
وقال مالك تقبل شهادة الصبيان فى الجراح قبل أن يفترقوا[1] •

نقد قول مالك

٨٣٢ ـ ولو قبل قولهم (في الجراح) قبل في غير الجراح •

وقد ذكرنا الخبر القاضى انه عليه الصلاة والسلام قال :
« رفع القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يحتلم » •

شرط العقل

٨٣٣ ـ وأما اعتبار العقل فمجمع عليه ، وقد قال عليه السلام « والمجنون حتى يفيق» وكان المعنى فيه انه غير مكلف فلم يتوجه عليه فرض اقامة الشهادة[2] •

شرط الحرية

٨٣٤ ـ وأما اعتبار الحرية في الشهادة فهو قولنا وقول الشافعي ، وهو المروي عن ابن عباس وشريح ومجاهد ومكحول وعطاء وعامر واياس بن معاوية والحسن (البصرى) ورواه عمرو بن شعيب عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه •

٨٣٥ ـ وقد روى عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه انه كان يجيز شهادة العبيد ، وهو قول مالك بن أنس واحمد •

٨٣٦ ـ وعن ابراهيم انه قال : تجوز شهادة العبيد فى الشىء الطفيف •

---

(١) وقول مالك أحد أقوال في المذهب الحنبلي وان يكن الاصل عند الحنبلية عدم قبول شهادة لصبيان بحال (التحرير فى الفقه لابي البركات ٢٨٣/٢ ـ ٢٨٤) •

(٣) عبارة : وكان المعنى الخ لم ترد فى نسخة قليج •

(١) في نسختي منيخ وقليج : في القاضي وسياق الكلام يقتضي ما أثبتناه •

إعادة الشهادات بعد العتق

٨٣٧ - قال أصحابنا : وان شهد وهو عبد فرد الحاكم شهادته لعلة الرق ثم اعتق فأعاد الشهادة جازت وحكم بها الحاكم لانه لم يردها للتهمة .

٨٣٨ - وهو قول الشافعي ايضا .

قبول خبر العبد في الشرعيات

٨٣٩ - واجمعوا على قبول خبره في الشرعيات .

شرط الإسلام

٨٤٠ - وأما اعتبار الاسلام في الشاهد ، فهو قولنا وقول عامة الفقهاء اذا كان المشهود عليه مسلما ، الا شيء سمعناه عن الحنابلة انهم أجازوا شهادة الذمي على المسلم في الوصية لظاهر الآية[1] .

٨٤١ - وقد روى عن مجاهد وعبيدة السلماني وسعيد بن المسيب وابراهيم النخعي « أو اخران من غيركم من المشركين » .

وهو قول ابن عباس .

٨٤٢ - فأما شهادة الكفار بعضهم على بعض فهي جائزة : اختلفت مللهم أو اتفقت ، لان الكفر عند اصحابنا ملة واحدة .

٨٤٣ - وقد روى عن عمرو بن ميمون انه أجاز شهادة مجوسي على نصراني أو يهودى . وهو قول ابن سيرين ونافع وابراهيم ووكيع وحماد والضحاك .

---

(١) في منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات لتقي الدين محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي المصرى (ج ٢ ص ٦٥٨) أن من شروط الشهادة « الاسلام فلا تقبل من كافر - ولو على مثله - غير رجلين كتابيين عند عدم (مسلم) بوصية ميت بسفر مسلم او كافر » .

وفي المحرر في الفقه لأبي البركات (٢/٢٧٢) : « لا تقبل شهادة الكفارة الا بالوصية في السفر ممن حضره الموت من مسلم أو كافر اذا لم يوجد غيره ، وفي اعتبار كونهم من أهل الكتاب روايتان ، ويحلفهم الحاكم بعد العصر : ماخانوا ولا ولا حرفوا ، وانها لوصية الرجل » . والاية المشار اليها هي قوله تعالى « أو اخران من غيركم » وقد جاء في لسان العرب في مادة شهد أو اخران من غير دينكم من اليهود والنصارى ، هذا للسفر والضرورة ، اذ لا تجوز شهادة كافر على مسلم الا في هذا.

٨٤٤ ـ وقال قتادة :

لا تجوز شهادة النصرانى على اليهودى ، ولا اليهودى على النصرانى •

٨٤٥ ـ وقال ابراهيم (النخعى) :

لا يتوارث اهل ملتين ، ولا تجوز شهادة بعضهم على بعض •

٨٤٦ ـ وقال أبو سلمة[1] بن عبدالرحمن :

« لا تجوز شهادة ملة على ملة الا المسلمين وهو قول عطاء بن ابى ربح والشافعي » •

٨٤٧ ـ قال أصحابنا :

ولو شهد الذمى على مثله فأسلم المشهود عليه قبل الحكم والقضاء ابطلت الشهادة ، وان كان بعد الحكم لم تبطل[2] ، كما لو فسق الشهود •

٨٤٨ ـ وهذا في سائر الحقوق كلها انها لا تبطل ، الا الحدود والقتل العمد والقصاص في النفس وفيما دون النفس فاني ادرأ ذلك ، وادرأ عنه القطع في السرقة واضمنه المال •

٨٤٩ ـ وقال ابو يوسف : أدرأ عنه القصاص في النفس وفيما دونها ، وأضمنه دية ذلك ، ولا يرجع المشهود عليه بذلك على الشاهدين •

٨٥٠ ـ ولو اسلم الشاهدان بعد اسلامه وقد قضى القاضي بذلك في الحدود والقصاص فجدد الشهادة عليه أمضيت القصاص وانفذته ويدرأ عنه الحدود •

٨٥١ ـ وقال الخصاف :

« والقياس عندى ان أمضيه عليه وان أسلم لانهما صارا الى حالة يجوز شهادتهما عليه » •

٨٥٢ ـ ولو كان الشاهدان اسلما اولا ، ثم أسلم بعد ذلك المشهود عليه فجددا الشهادة ولم يكن الحاكم ابطلها أمضيت الشهادة والحكم •

٨٥٣ ـ وقد قال أصحابنا : اذا شهدا على ذمى فى حال الكفر فرد الحاكم

---

(١) في النسخة المعتمدة : أبو سلمة عبدالله •

(٢) جاء في النسخة المعتمدة بعد قوله لم تبطل : لانه جرح من ان يكون شاهدا يقبل قوله عليه وبعد الحكم لم تبطل •

شهادتهما لاجل التهمة ، ثم أسلما بعد ذلك فأعادا الشهادة به لم تقبل ، لانه ردهما للتهمة •

٨٥٤ ـ ولو كانت شهادة على مسلم فأبطلها لاجل الكفر ثم أسلما فشهدا بها ، فهو جائز ويحكم بها عندنا وعند الشافعي ، ولا أعلم في ذلك خلافا •

٨٥٥ ـ ولا فرق بين أن يشهد وهو كافر أو لا يشهد الا بعد الاسلام •

٨٥٦ ـ وكذلك قال أصحابنا في العبد اذا عتق والصبي اذا بلغ مثل ذلك ، لان الرد لم يكن لاجل التهمة •

٨٥٧ ـ وسنذكر في باب ما ترد به الشهادة سائر ما ترد به الشهادة ان شاء الله •

في اعتبار العدالة

٨٥٨ ـ فأما اعتبار العدالة في الشاهد فمجمع عليه عند الفقهاء في الحكم بها وفي قبول خبر الراوى[1] والعمل به في الشرعيات ، فيحتاج ان يعلم ما العدل ؟ وما الشرائط المعتبرة في الرجل ليكون عدلا ؟

تعريف العدل[2]

٨٥٩ ـ فالعدل في الاصل مصدر ، وهو مقابل للجور ، وحقيقته التسوية بين الامرين أو الخصمين وترك الميل الى أحدهما[3] •

---

(١) جاء في أدب القاضي والماوردي (١٨٥١) أيضا « ان اعتبار العدالة مجمع عليه » وأضاف الى ذلك ان « الاختلاف في صفة الاعتبار فيهم ، اعتبروها بالظاهر ونحن نعتبرها بالبحث » • أما التسوية في العدالة بين الشاهد والراوى فليست موضع اتفاق فى الفقه الشافعي كما ذكر الماوردى فى المرجع المذكور (١٨٥٩) •

(٢) وثمة تعريف آخر للعدالة فى نظر ، الفكر الاسلامي ورد فى كتاب قاضى القضاة عبدالجبار بن احمد المعتزلى فقد عرفت بانها « توفير حق الغير واستيفاء الحق منه » (ص ١٣٢ من شرح الاصول الخمسة) •

(٣) فى النسخة المعتمدة : الواحد •

٨٦٠ ـ ولهذا قال الله تعالى :

ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل[١] .

٨٦١ ـ والعدل هو كل فعل تعدى الفاعل ، وسواء كان ضررا بالغير أو نفعا له . يقال حكم الحاكم بالعدل بين الخصمين ، وان كن قد نفع أحدهما وأضر بالاخر .

٨٦٢ ـ وقد تعورف استعماله في فاعل العدل ، يقال ملك عدل وعادل ، فعدل ضد الجور وعادل ضد الجائر ، وهو يوضع موضع المدح للشخص ، ولهذا لا يوصف من عدل بين اثنين في الظلم ، وقسمة اللصوص لما أخذوا انه عـدل ولا عادل الا بتفسير وتقييد ، وكذلك اذا استووا في القسمة لا يقال عدول .

العدل في عرف أهل الشرع

٨٦٣ ـ والعدل في عرف أهل الشرع كل مقبول الشهادة على غيره عند السلطان والحاكم .

شرائط العدل

٨٦٤ ـ ويدخل فيها[٢] شرائط كثيرة منها أن يجتنب الكبائر وما يستخف بفعله من الامور ويذهب بالمروءة عنـد العموم ، لان مرتكب ذلك فاسق باجماع المســلمين .

٨٦٥ ـ والفاسق غير معمول بقوله ، وقد دل القرآن على التثبت في خبره .

تعريف الفسق

٨٦٦ ـ والفسق هو الخروج عن الشيء في اللغة[٣] . وقد جاء في الشرع مطلقا لمن فعل الكبائر انه خارج عن أمر مولاه .

---

(١) النســاء ١٢٩ .

(٢) الضمير يعود الى صفة مقدرة هي : صفة الشاهد العدل .

(٣) في لسان العرب : الفسق العصيان والترك لامر الله عز وجل والخروج عـن طريق الحـق فسَق يفسِق ويفسُق فِسقا وفُسُوقا وفَسُق بالضم عـن

٨٦٧ ـ وقد قال تعالى في حق ابليس : « ففسق عن أمر ربه » يعنى خرج .

٨٦٨ ـ وقد اختلف في شهادة الكافر على ما ذكرناه ، ولم يختلف في شهادة الفاسق .

٨٦٩ ـ وسنذكر في بابه ما فيه من العلم ان شاء الله عند البلوغ اليه .

٨٧٠ ـ ومنها أن يكون عادلا فى جميع ما يجب العدل فيه على الدوام ، لانه لا يصح أن يكون عدلا غير العادل .

٨٧١ ـ ومنها أن لا يكون كاذبا لان الكذب معصية توجب اتهامه في خبره فلا يحصل الظن بمخبره فلا يكون عدلا .

٨٧٢ ـ وقد ذكرنا البلوغ والعقل لان به يجتنب المعاصى ويسارع الى الطاعات .

الفسق من طريق الاعتقادات

٨٧٣ ـ واختلف في الفسق من طريق الاعتقادات هل يمنع قبول الشهادة والخبر أم لا .

فمنهم من قال يمنع وان كان متحرجا في أفعاله ، نافرا من الكذب .

وذهب جل الفقهاء من اصحابنا وغيرهم الى قبول خبره وشهادته .

٨٧٤ ـ واتفقوا على أن فسقه من طريق الجرح ، وانه يمنع كالزنا والسرقة .

اللحياني أى فجر قال رواه عنه الاحمر ، ولم يعرف الكسائي الضم ، وقيل الفسوق الخروج عن الدين وكذلك الميل الى المعصية ، لما فسق ابليس عن أمر ربه ، وفسق عن أمر ربه أي جار ومال عن طاعته . . .

وحكى شمر عن قطرب : فسَق فلان في الدنيا فِسقاً اذا اتسع فيها ، وهوّن على نفسه واتسع بركوبه لها ولم يضيقها عليه ، وفسق فلان ماله اذا أهلكه وانفقه ، وقال : انه لفسْق أي خروج عن الحق ، أبو الهيثم ... ورجل فاسق وفسيق وفُسَق : دائم الفسِق ، ويقال في النداء يا فُسَق ويا خُبَث وللانثى يا فَساقِ مثل قطام يريد يا أيها الفاسق ويا أيها الخبيث... قال: أصل الفسق الخروج عن الاستقامة والجور ، وبه سمى العاصي فاسقاً .

٨٧٥ ـ وقد قبل الفقهاء رواية الصدر الأول بعد وقوع الفرقة بينهم واختلاف الكلمة وقتل بعضهم لبعض بالتأويل •

وقبل التابعون جميعا رواية الفريقين جميعا للاحكام •

ولولا ذلك لما عرفنا ما جرى بصفين والجمل والدار واخبار الدولتين •

٨٧٦ ـ والعدالة شرط في قبول الخبر فكذلك الشهادة •

٨٧٧ ـ وسنذكر فى باب الشهادة وما يليها جميع المسائل المتعلقة بهذا الشأن ان شاء الله •

اعتبار العلم بما يشهد به

٨٧٨ ـ وأما اعتبار العلم بما يشهد به الشاهد فمجمع عليه ، وبه ورد القرآن والسنة •

٨٧٩ ـ ولا يحل له الشهادة بغير ما يعلم ، ولا مع الشك فيما شهد به ، ولا مع جهاله المشهود له •

٨٨٠ ـ وقد قال ابو حنيفة رضى الله عنه في الشاهد اذا عرف خطه في الكتاب ولم يتذكر الشهادة انه لا يجوز له أن يشهد بذلك •

٨٨١ ـ واذا شهد فعلم الحاكم لم ينفذ الحكم •

٨٨٢ ـ وقد قال أبو يوسف ومحمد : له أن يشهد اذا عرف الخط ، وكذلك قال أبو حنيفة اذا عرف المجلس ولم يذكر الشهادة •

٨٨٣ ـ وقد روى عن الحسن (البصرى) واخيه سعيد انهما شهدا على شهادة ثم دعيا الى اقامتها فنسيها الحسن وذكرها سعيد ، فقال سعيد للحسن : اشهد انا قد شهدنا عليهما أنا وأنت •

قال : كذلك ؟

قال : نعم

فذهب الحسن فشهد معه •

٨٨٤ ـ واذ قد ذكرنا الكلام فى صفة الشهود فلنذكر مواضع الشهادة •

باب الموضع الذي يعتبر فيه قول الرجال خاصة

٨٨٥ ـ أما الحدود والقصاص فى النفس والطرف والقطع فى السرقة وحد القذف وقاطع الطريق فانه لا يثبت الا بشهادة الرجال العدول خاصة .

٨٨٦ ـ ولا يحكم بشهادة الشهود فى ذلك الا بعد المسألة عن عدالتهم .

٨٨٧ ـ وقد ذكرنا فى باب ما يعتبر فى جواز الشهادة وطريق حصولها ما يعتبر في التزكية ليكون الرجل عدلا[1] .

٨٨٨ ـ وهذه الجملة لا خلاف فيها انها لا تثبت بشهادة النساء ولا بشهادة الرجال والنساء .

٨٨٩ ـ واذا شهد الرجال والنساء بذلك في القتل الخطأ ثبت المال والدية والضمان في السرقة دون القصاص والقطع .

٨٩٠ ـ ولا يقبل في القتل العمد والقطع العمد شهادة النساء مع الرجال ، وهو قول الشافعي في القتل العمد لا يختلف .

٨٩١ ـ وفى السرقة يثبت المال دون القطع . وكل ما عدا ما ذكرناه فانه يثبت عندنا بشهادة الرجال والنساء كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق على مال، وسائر ما يثبت عند الحاكم بالرجلين فى غير الحدود والقصاص .

٨٩٢ ـ وقول الشافعى لا ينعقد النكاح ولا يثبت ولا الرجعة ولا الطلاق ولا الوكالة ولا الوصية ولا الصلح من دم العمد ولا الكتابة ولا كل ما ليس بمال ولا يؤول الى مال الا بالرجال خاصة الا الرضاع .

٨٩٣ ـ وكان ينبغى له أن لا يثبت الموت والاسلام بشهادة الرجال والنساء ، فان قالوا ذلك سمع قولهم وادى ذلك الى أن لا يصلى على مسلم ويرثه الكافر ، ويدفن فى مقابر الكفار .

٨٩٤ ـ والامر عندنا بخلاف ذلك .

---

(١) الى هنا تنتهى الزيادة الواردة فى نسختى منيسخ وقليج ثم تتفق النسخ الثلاث .

باب شهادة النساء خاصة

وهذا باب ما تقبل به شهادة النساء خاصة .

قال أصحابنا :

٨٩٥ ـ شهادة النساء مقبولة في عيوب النساء ، وما لا يطلع عليه الرجال كالنظر الى فرج المرأة والشهادة انها بكر أو ثيب .

٨٩٦ ـ ولا تقبل شهادة الرجال بذلك ، كما لا تقبل شهادة النساء اذا شهدن انه خصي أو فحل .

٨٩٧ ـ وقبل أبو حنيفة شهادة القابلة وحدها اذا كان هناك حمل ظاهر أو اقرار من الرجل بالحمل ، او كان النكاح باقياً .

٨٩٨ ـ ومتى خلت الشهادة من واحدة من هذه الوجوه لم يقبلها .

٨٩٩ ـ وقبلها أبو يوسف ومحمد .

٩٠٠ ـ وعند الشافعي « لا يقبل أقل من أربع نسوة في هذه المواضع ، وقبل الشافعي »[1] شهادة النساء وحدهن في الرضاع .

٩٠١ ـ ولم يقبل ذلك أصحابنا حتى يكون معهن رجل فيقبل ذلك .

٩٠٢ ـ وسنذكر في كل كتاب مسائله .

٩٠٣ ـ وقد قبل الجميع قول النساء في الحيض والنفاس والذبيحة واخبار الشرع الواردة في الاحكام فيما يسقط بالشهادة وما لا يسقط .

٩٠٤ ـ وقد ذكرنا ما يجوز ان يتصرف فيه النساء من حقهن وحق غيرهن فيما مضى .

٩٠٥ ـ واذ قد ذكرنا ما يقبل قولهن فيه ، فهذا ما يقبل فيه قول النساء والرجال .

باب ما يقبل من قول النساء

٩٠٦ ـ اتفق الفقهاءعلىقبول شهادتهن فىالبيع والاجارة والرهنوالمضاربة

(١) هذه الزيادة من نسخة قليج .

والغصب وسائر ما يجب به المال ، اذا كان معهن رجل ، ولا تقبل شهادتن اذا انفردن وان كثرن في العدد •

٩٠٦ ـ وعندنا تقبل على كتاب القاضي الى القاضي وفى الاحصان والرجعة والطلاق والعتاق والنسب والولاء وسائر ما عدى الحدود والقصاص •

٩٠٨ ـ وكل موضع قبل فيه كتاب القاضي الى القاضي تقبل فيه شهادة الرجال والنساء •

٩٠٩ ـ وان شئت قلت : كل موضع تقبل فيه الشهادة على الشهادة يقبل فيه قول الرجال والنساء •

٩١٠ ـ وقبل الشافعى الشهادة على الشهادة فى النكاح والرجعة والكتاب الوارد من القاضي الى القاضي ، ولم يقبل فيه شهادة الرجال والنساء •

٩١١ ـ وارتكب بعض أصحابه قبول كتاب القاضي ، والشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص ، ولم يقبل في ذلك شهادة النساء وان كن قد أقامهن الشرع مقام الرجل فى الاموال فاعتبر مذهبنا على أحد الوجهين الذين قد بينا •

٩١٢ ـ فاما تفريع الشافعي فمختلف ، يقبل في الطلاق[١] اذا ادعى شهادة الرجال والنساء ولا يقبل في جانب الزوجة اذا ادعى الزوج النكاح ، وفي البيع يقبل في الموضعين ، وفي الرد بالعيب وفي الطلاق على مال يثبت المال ولا يثبت الطلاق الذى يستحق به المال (فتفريعه) على أصوله يحتاج الى عدد المسائل وحفظها •

٩١٣ ـ وسنذكر في كل كتاب ما خالف فيه ان شاء الله •

٩١٤ ـ واذ قد ذكرنا قول الرجال والنساء فلنذكر قبول قول العبيد •

باب ما يقبل فيه قول العبيد

وهذا باب ما يقبل فيه قول العبيد •

---

(١) في نسخة قليج : الصداق •

٩١٥ ـ اتفق أصحابنا ان قول العبد يقبل في هلال رمضان ، ودخول وقت الصلاة ، وكون الشاة ذكية او ميتة ، ونجاسة الماء ، والاذن في دخول الدار بقوله ، وقبول الهدية على يده ، ووجوب العمل بما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم والائمة من أحكام الشرع ، وقبول فتواه في الشرعيات ، وقبول قوله في التزكية ، وقبول امامته في الصلاة كالاحرار .

١٩٦ ـ واجاز أبو حنيفة امانه اذا اذن له مولاه .

٩١٧ ـ وقال الشافعي يجوز بغير اذن مولاه ، وهو قول ابي يوسف ومحمد.

٩١٨ ـ واجاز الجميع طلاقه بغير اذن مولاه ، وانه في (الحنث) كالحر في الايمان والظهر والقتل والسرقة والاقرار بما يجب به اتلاف نفسه او عضو منه ، وامتنعوا من قبول شهادته في الاموال .

٩١٩ ـ وقد ذكرنا فيما تقدم ان علياً رضي الله عنه قبل شهادة العبد ، وهو قول مالك بن انس وابراهيم قبلها في الشيء الطفيف .

٩٢٠ ـ واتفقوا على انه والحر سواء في الصلوات والصيام .

٩٢١ ـ واختلفوا في نكاحه بغير اذن مولاه : فاجازه مالك ، ولم يجزه أصحابنا والشافعي .

٩٢٢ ـ وانه في الكفارة بغير المال مثل الحر العاجز عن المال .

٩٢٣ ـ واختار أصحابنا اجباره على النكاح ولم يجزه الشافعي وان كان مكلفا .

٩٢٤ ـ وفي الصغير اختلف اصحابه .

٩٢٥ ـ واختلف في قتل الحر به فعندنا هما سواء .

٩٢٦ ـ وعند الشافعي لا يقتل به الحر .

٩٢٧ ـ وسيجيء في كل كتاب مافيه من المسائل ان شاء الله .

٩٢٨ ـ واذ قد ذكرنا ذلك فلنذكر من ظاهره العدالة :

باب من ظاهره العدالة

وهذا باب ما يقبل فيه قول من ظاهره العدالة •

٩٢٩ ـ قال أبو حنيفة : ويقبل قول من ظاهرة العدالة فى الشهادة فى سائر الحقوق المالية أو ما يجرى مجراها الا أن يطعن فيه الخصم ، فيسئل عنه سرا ويزكا فى العلانية •

٩٣٠ ـ وقال أبو يوسف ومحمد : يقبل قوله حتى يشك فيه ، كما فى الحدود •

٩٣١ ـ وهو قول الشافعي[1] •

٩٣٢ ـ واتفق الفريقان على انه ينعقد بحضوره النكاح ، ويكفى فى ذلك عدالة الظاهر •

٩٣٣ ـ ومن اصحابنا من قال لا ينعقد ، وخبره مقبول فى الشرعيات •

٩٣٤ ـ وسائر ما يقبل فيه قول العبد يقبل قوله فيه •

٩٣٥ ـ وهو كالعبد عند الجميع فى الوصية • وولاية النكاح •

٩٣٦ ـ واذا حكمه رجلان جاز ان يحكم بينهما •

٩٣٧ ـ وفى جواز الصلوة خلفه وقبول فتواه والرجوع الى تعريفه فى الشهادة وخبره فى العزل والولاية ورؤية الهلال واحكام اخر تمر[2] فى الكتاب فى مواضعها •

واذ قد ذكرنا قول العدل وقول من ظاهره العدالة (فلنذكر ما يقبل قول الفاسق فيه) •

باب ما يقبل قول الفاسق فيه

٩٣٨ ـ ويقبل قول الفاسق على نفسه فى سائر العقود والحقوق والحدود ، وينعقد البيع له ولغيره بقوله ، وكذلك سائر العقود •

---

(١) أدب القاضي للماوردي (١٨٣٢ وما بعده) •
(٢) في نسخة قليج : ترى •

٩٣٩ ـ وقال الشافعي : ان كان العقد في حق نفسه صح بقوله ، وان كان في حق غيره لم يقبل في النكاح وقبل في سائر العقود اذا كان وكيلا •

شهادة الفاسق على النكاح

٩٤٠ ـ وعندنا ينعقد النكاح بشهادة الفاسق وعند الشافعي لا ينعقد •

إمامة الفاسق في الصلاة

٩٤١ ـ ويصح امامة الفاسق في الجمعة وغيرها عندنا وعند الشافعي •

٩٤٢ ـ وقال مالك لا يصح أن يؤم الفاسق العدل في الصلوة •

٩٤٣ ـ ولا يقبل قوله في الشهادة على الحقوق لا أنا حكمنا بكذبه وانما رددنا شهادته لانه لم يوجد شرط قبول شهادته ، لانه تعالى قال « ممن ترضون من الشهداء »[1] وقال :

« فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهالة »[2] •

٩٤٤ ـ وقد قبل اصحابنا قوله في رد الطينة ، وامتناع الخصوم من الحضور وعملوا على قوله في قبول الهدية ، وقبلوا قوله في نجاسه الماء وطهارة الثوب وكون الشاة ذكية أو ميتة والاذن في دخول الدار وقال الجميع لو شهد عند الحاكم فرد شهادته ثم تاب واصلح وادى الشهادة انه تقبل كما يقبل قول الصبي وفرقوا بينه وبين الكافر والعبد ، انها تقبل اذا اعادها •

٩٤٥ ـ وقالوا يجوز ان يكون وصيا ووكيلا •

٩٤٦ ـ واجاز الجميع امانه لاهل الحرب وانه في ذلك كالعدل •

---

(١) سورة البقرة ٢٨٢ •
(٢) سورة الحجرات ٤٩ •

٩٤٧ ـ واتفقوا على انه لو تحمل شهادة وهو فاسق واداها وهو عدل انها تقبل ويحكم بها •

٩٤٨ ـ وانه فى الحدود والعقود مثل العدل •

٩٤٩ ـ وسنذكر فى باب الحجر ما يؤثر فيه النسق ولا يؤثر لانه اشبه موضـــع بذكره •

٩٥٠ ـ واذ قد ذكرنا حكم الشهود ، اذا كملت صفاتهم وعددهم فلنذكر صفاتهم وحكمهم اذا نقصوا •

باب الشاهد واليمين[1]

وهذا باب ذكر الشاهد واليمين وما يقضى به فيه •

٩٥١ ـ اتفق اصحابنا جميعا على انه لا يقضى بشاهد ويمين الطـالب فى شيء من الحقوق كائنا ما كان ذلك الحق •

٩٥٢ ـ وهو قول الشعبي وابراهيم (النخعي) والزهرى[2] •

٩٥٣ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك ، رواه الجماعة وتلقته الامة بالقبول •

وقال الشافعي يقبل الشاهد ويمين الطالب[3] •

---

(١) جاء في الموطا تحت عنوان «القضاء باليمين مع الشاهد» قال يحي ، قال مالك ، عن جعفر بن محمد عن أبيه ، ان رسول الله (ص) قضى باليمين مع الشاهد • وعن مالك عن أبي الزناد ان عمر بن عبدالعزيز كتب الى عبدالحميد ابن عبدالرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة « ان اقض باليمين مع الشاهد •••• قال مالك : مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد ، يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه ، فان نكل وأبى أن يحـــلف احلف المطلوب ، فان حلف سقط عنه ذلك الحق ، فان ابى ان يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه ، قال مالك وانما يكون ذلك في الاموال خاصة ، ولا يقع ذلك في شيء من الحدود ، ولا فى نكاح ولا فى طلاق ، ولا فى عتاقة ولا في سرقة ولا فى فرية •

(٢) وقول زيد بن علي وابن شبرمة والامام يحي (طرق القضاء للمرحوم احمد ابراهيم ابراهيم ص ٢٧١) •

(٣) قال بذلك أيضا مالك واحمد وأهل الحجاز (طرق القضاء للمرحوم أحمد ابراهيم ابراهيم ص٢٦٩) وفي هذا الكتاب مناقشة حجج الفريقين •

٩٥٤ ـ وقال البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، ولو كان الحكم يجوز بشاهد ويمين لما قصر الله تعالى الشهادة على رجلين أو رجل وامرأتين[(١)] •

الا ترى انه لما جاز بقول اثنين لم يحتج الى بيان ما زاد على ذلك •

٩٥٥ ـ وقد طعن اصحاب الحديث فى حديث الشاهد واليمين فحملوه على كل طريق ممكن[(٢)] •

٩٥٦ ـ والاصل ان مال الغير لا يجوز ان يقبل فيه قول غيره ، ويسلم الى المدعي الا في موضع اتفق الناس عليه ، ولم يتفق على الشاهد الواحدواليمين فان اليمين قول المدعي فلا يقضى له[(٣)] •

---

(١) رد ابن تيمية على هذه الحجة بقوله : ان القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم ، وانما ذكر هذين النوعين من البينات فى الطرق التي يحفظ بها الانسان حقه • قال تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب ان يكتب كما علمه الله ••• واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترجون من الشهداء فأمرهم سبحانه بحفظ حقوقهم بالكتاب •• ثم أمر من له الحق ان يستشهد •• وما تحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء آخر (طرق القضاء لاحمد ابراهيم ابراهيم، ص ٢٧٣) •

(٢) وردت هذه الحجج في التبيين فقد جاء ان ما رواه الشافعي من حديث ان النبي قضى بشاهد ويمين « ضعيف رده يحي بن معين فلا يعارض ما رويناه ، ولأنه يرويه ربيعة عن سهيل بن أبي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلا ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما الخ » •

واحتج للشافعي ومن معه بأن احاديث القضاء بشاهد ويمين قد رواها جمع عظيم من الصحابة واشتهرت بين المحدثين ، وروى كثير منها في الكتب السنة ما عدا صحيح البخاري ، واما حديث البينة على المدعى فلم يروه أحد من أصحاب الكتب الستة ، واما انكار سهيل الحديث الذى رواه عنه ربيعة فسببه انه اصاب سهيلا علة أذهبت بعض عقله ونسي حديثه ، فهو انما قال لا احفظه ولا أتذكره وهذا لا يضرنا بعد ان ثبتت رواية الحديث من طرق أخرى عديدة بعضها صحيح ورجاله كلهم ثقات (طرق القضاء لاحمد ابراهيم ابراهيم ، ص ٢٧١ ـ ٢٧٢) •

(٣) وهكذا نجد ان السمناني مزج قواعد الاثبات بقواعد الكسب دون سبب

٩٥٧ ـ قال الشافعى : والبينة بينتان بينة كاملة عدد الشهود لا يحلف معها وبينه ناقصة العدد فى المال يحلف مقيمها معها •

٩٥٨ ـ قال : وكل ما كان من مال تحول من مالك الى مالك غيره حتى يصير فيه مثله أو مثل معناه قضى فيه باليمين مع الشاهد ، وكذلك كل ما وجب مال من قتل او جرح لا قصاص فيه ، أو اقرار او غير ذلك مما يوجب المال •

٩٥٩ ـ قال : ولو اتى قوم بشاهد ان لابيهم على فلان حقا او ان فلانا قد اوصى لهم ، فمن حلف منهم مع شاهده استحق موروثه او وصيته دون من لم يحلف •

٩٦٠ ـ فان كان فيهم معتوه وقف حقه حتى يعقل فيحلف او يموت فيقوم وارثه مقامه فيحلف ويستحق •

٩٦١ ـ ولا يستحق اخ بيمين أخيه •

٩٦٢ ـ وليس الغريم والموصى له فى معنى الوارث فى شىء •

٩٦٣ ـ ولو أقام شاهدا انه سرق له متاعا من حرز يساوى ما تقطع فيه اليد حلف مع شاهده واستحق المال ، ولا تقطع اليد لان الحد ليس بمال •

كرجل قال امرأتى طالق وعبدى حر ان كنت غصبت فلانا هذا العبد فشهد له عليه بغصبه شاهد واحد ، فيحلف ويستحق الغصب ولا يثبت عليه الطلاق ولا العتاق لانه ليس حكم الحد حكم المال •

٩٦٤ ـ قال : ولو اقام شاهدا على جارية انها له ، وابنها ولد منه حلف وقضى له بالجارية وكانت أم ولده باقراره ، لان أم الولد مملوكة و لايقضى له بالابن لانه لا يملكه على انه ابنه •

فاستخرج هذه القاعدة عن طريق التحليل العقلى والتركيب بين نظامين أحدهما مشتق من قواعد الاثبات والاخر متسلسل من القواعد العامة فى الكسب دون سبب ، وفى هذا ايضا ما يؤيد ان مبدأ لكسب دون سبب يصدر فى الفقه **الاسلامي عن قاعدة عامة لا عن تطبيقات جزئية محصورة ، ولولا ذلك لما صح** هذا المزج بين االنظامين المذكورين واستخراج الاصل المذكور •

٩٦٥ ـ قال المزني : وقد قال في موضع اخر يأخذها وولدها ويكون ابنه •

قال المزني وهذا ابنه بقوله الذي لم يختلف وهو قوله لو أقام شاهدا على عبد في يدى اخر سرقة انه كان عبدا له فاعتقه ثم غصبه هذا بعد العتق انه يحلف ويأخذه ويكون مولاه وهو لا يأخذ مولاه على أن يسترقه كما لا يأخذ ابنه على انه يسترقه ، فاذا اجزاه في المولى لزمه في الابن •

٩٦٦ ـ قال ولو اقام شاهدا ان اباه تصدق بهذه الدار عليه صدقة محرمة موقوفة ، وعلى اخوين له ، فاذا انقرضوا فعلى اولادهم او على المساكين فمن حلف منهم ثبت حقه وصار ما بقي ميراثا •

وان حلفوا معا خرجت الدار من مال صاحبها وصارت الى من جعلت له حياته ومضى الحكم لهم فيها •

وان جاء بعدهم ممن وقفت عليه اذا ماتوا فقام مقام الوارث وان لم يحلف الا واحد فنصيبه منها وهو الثلث صدقة على ما شهد به شاهده ثم نصيبه على من تصدق به ابوه عليه بعده وبعد اخويه •

٩٦٧ ـ واعترض المزني على الشافعي وقال ان من قوله ان الموقف عليه لا يملك رقبة الوقف ، وانما يملك المنفعة ، فكيف يحلف من لا ملك له في الرقبة ؟ وقد قال ان عبدا لو ادعى على سيده انه اعتق واقام عليه شاهدا واحدا ان العبد لا يحلف مع شاهده لانه لا يملك ما كان يملكه السيد من رقبته ، فكذلك ينبغي ان يكون قوله في الوقف ، وافسد تفريع صاحبه في الباب بعد ان ذكر جملة الفروع له ، وبالغ في الرد عليه •

٩٦٨ ـ وتفريع العمل على الشاهد واليمين لا يستقيم لانه يعمل به في موضع دون آخر ، ويختلف جنبه المحكوم به في ذلك اختلافا شديدا والصواب عندنا ـ والله اعلم ـ ان الحكم لا يجوز به •

٩٦٩ ـ وقد اختلف أصحابنا اذا حكم الحاكم به هل ينقض حكمه أم لا ؟ فمنهم من نقضه ومنهم من لا ينقضه •

٩٧٠ ــ وسنفرد بابا فيما ينقض فيه قضاء القاضي ولا ينقض وما يخله وما لا يخله ان شاء الله •

٩٧١ ــ واذ قد ذكرنا ما يقضى به من طريق معرفة الشاهد وعلمه فلنذكر ما يسمع من غيره •

باب ما يقبل فيه شهادة الاستفاضة من الأشياء[1]

٩٧٢ ــ اعلم ان ههنا مسائل اجمع الفقهاء على قبول شهادة الاستفاضة فيها، ومسائل اختلفوا فيها •

٩٧٢ ــ فاما المسائل التي اجمعوا على قبول شهادة الاستفاضة فيها فمنها : النسب فانه يجوز ان يشهد بنسب لم يدركه ، لانا نشهد ان محمدا النبي صلى الله عليه وسلم (هو) ابن عبـــدالله وابا بكر (هو) ابن قحافة وعمر (هو) ابن الخطاب وعثمان (هو) ابن عفان وعلي (هو) ابن ابى طالب رضى الله عنهم ، ولم ندرك ذلك ولا شهدنا الاباء ولا البنين •

٩٧٣ ــ ولا فرق بين النسب الى الاب او الى الام لانا نشـــهد ان الحسن والحسين (هما) ابناء فاطمة عليهم السلام •

٩٧٤ ــ ومن رأى رجلا ينسب الى فلان بن فلان وهو لم يشاهد المنسوب اليه ولكنه سمع الناس يقولون ذلك وسعه الشهادة له بالنسب •

٩٧٥ ــ ولو رأى رجلا يقول انا ابن فلان الفلانى لم يسعه ان يشـــهد

---

(١) في لسان العرب في مادة فيض : فاض الحديث والخبر واستفاض ذاع وانتشر ، وحديث مستفيض ذائع ، ومُستفاض قد استفاضوه أي أخذوا فيه ، واياها أكثرهم حتى يقال مستفاض فيه ، وبعضهم يقول استفاضوه فهو مستفاض التهذيب ، وحديث مستفاض مأخوذ فيه ، قد استفاضوه أى اخذوا فيه ، ومن قال مستفيض فانه يقول ذائع فى الناس مثل الماء المستفيض ، قال أبو منصور قال الفراء والاصمعي وابن السكيت وعامة أهل اللغة : لا يقال حديث مستفاض وهو لحن عندهم وكلام الخاص حديث مستفيض منتشر شائع في الناس •

له بالنسب حتى يسمع ذلك من العامة ويظهر الخبر بذلك بين الناس من غير تواطـــــــىء •

٩٧٦ ـ ولو نزل بين قوم وهم لا يعرفونه فقال : انا فلان بن فلان لـم يسعهم ان يشهدوا له (بالنسب) حتى تقع معرفة ما قال فى قلوبهم •

٩٧٧ ـ وقد حد بعض اصحابنا ذلك بان يقيم معهم سنة •

٩٧٨ ـ وان وقع ذلك فى قلوبهم قبل السنة لم يسعهم ان يشهدوا بنسبه•

٩٧٩ ـ وقال محمد : لا تسعهم الشهادة حتى يسمع ذلك من رجلين عدلين من أهل البلدة التى هى بلده(١) •

الشهادة على الموت

٩٨٠ ـ والشهادة على الموت : تثبت بالاستفاضة كالنسب •

٩٨١ ـ واذا شهدوا انه وارثه لا يعلمون له وارثا غيره قضيت له بالميراث•

٩٨٢ ـ واذا قضيت بنسب الى رجل وحكمت بميراثه ثم قامت بينة انه فلان ابن فلان « الفلاني »(٢) نسبوه الى أب آخر غير الذى نسبه اليه الاول وانه عصبته ووارثه لم يعلموا وارثا غيره لم اقبل الشهادة ولم احول نسبه عن الاول ، ولا من محتد(٣) الى غيره ولا من عشيرة الى غيرها اذا كان الاول محكوما به •

٩٨٣ ـ ولا يكلف الشهود أن يقولوا انه لا وارث لفلان غير هذا لانه غيب ، وقولهم لا نعلم يكفى فى الشهادة •

---

(١) في نسخة قليج : من أهل بلده •
(٢) الزيادة من نســـــخة قليج •
(٣) في لسان العرب المحتد الاصل والطبع ورجع الى محتده اذا فعل شيئاً من المعروف ثم رجع عنه •

٩٨٤ ـ وان قالوا : لا نعلم له وارثا فى العراق غير فلان ، فالشهادة جائزة عند ابي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد لا تجوز حتى ينهوا الشهادة ويقولون لا يعلمون •

٩٨٥ ـ ويجوز للجيران ولمن عرف انسانا ان يشهد انه ابن فلان ، لان الشهادة على النسب بالسماع المتواتر جائزة ، ويسعه ان يشهد بقول النساء والخادم ومن لا يعرف بعدالة ويرجع الى ذلك لان قول هؤلاء فى الخبر المستفيض والعدول سواء •

٩٨٦ ـ وقال بعض اصحابنا لا يسعه أن يشهد بمعرفة المرأة ونسبها حتى يدخل عليها ، وعندها جماعة نساء ممن يثق بهن فيقلن هذه فلانة بنت فلان ثم يتركها اياما ثم ينظر اليها بحضره نسوة اخر فيعرفنه اياها كما عرفنه(فى) الاولى ويتردد اليها شهرين او ثلاثة ، فاذا وقعت معرفتها فى قلبه بقول رجال ونساء[١] شهد لها بذلك وعليها •

شهادة الشهود على معرفة النساء في مدينة السلام

٩٨٧ ـ ورأيت الشهود بمدينة السلام يشهدون على معرفة النساء بقول العامة والدلالين ويشهدون بين يدى شيخنا قاضي القضاة رحمه الله ، فيقولون :
ـ نشهد ـ اطال الله بقاء سيدنا السيد الاجل الامام الاوحد قاضي القضاة ـ على اقرار فلانة بنت فلان ، وقد عرفتها بعينها واسمها ونسبها ، وما رجعوا الا الى من ذكرناه في التعريف •

قبول الاستفاضة على الولاية والخلع

٩٨٨ـ وتقبل الاستفاضة على الولاية والعزل والخلع لان بذلك نعرف الولايات وكثير لا يشهد بيعة ولا خلعا •

(١) في نسخة قليج : يقول شهد رجال ونساء بذلك وعليها •

فصـــــل
الشهادة على موت إنسان

٩٨٩ـ فاذا اخبر الشـــاهد بالموت رجل او امراة ثقة ، وقالوا نحن عاينـا موت فلان ، وسعه الشهادة بموته ، ولا يسعه أن يشهد على ما يصنع أهل من نعى اليهم انه مات حتى يخبر بذلك من شهد موته ، فيجوز ان يشهد •

وليس كل من شهدنا بموته عاينا ذلك لانا نشهد بموت الصحابة رضى الله عنه ـ والعلماء ولم نر ذلك •

فصـــــل
الشهادة على النكاح بالسماع

٩٩٠ـ ويجوز ان يشهد بنكاح لم يحضره ان فلانة زوجة فلان وان فلانا زوج فلانة بالسماع من الجيران ممن يعرف امرهم ، كما يشهد ان عائشة (ر) زوجة النبي (ص) وان عليا زوج فاطمة وان عمر زوج بنتها ام كلثوم رضي الله عنهم أجمعين ، وان لم يشاهدوا ذلك ، الا ترى ان الغائب يقدم فيقال له قد تزوج فلان بفلانة ويمضي على ذلك الشهور الا يشهد لها بالنكاح ؟

٩٩١ـ وكذلك الصغير يكبر فلو كان بينهما ولد ينسب اليهما اما يشـــهد بنسبه اليهما ؟

٩٩٢ـ كل ذلك يجوز ان يشهد به •

٩٩٣ ـ وهذا لا خلاف فيه بين الناس نعلمه •

إدعاء رجلين نكاح امرأة

٩٩٤ـ قال أصحابنا : واذا ادعى رجلان نكاح امرأة فأقرت لاحدهما فهي امرأته ، فان اقام الآخر البينة انها امرأته قضيت بها له وابطلت اقرارها للاول •

٩٩٥ـ وان اقاما بينة لكل واحد انها امرأته فهي لصاحب الوقت الاول اذا وقتا ، وان لم يوقتا لم أحكم بها لواحد منهما •

٩٩٦ ـ وقد قال اصحابنا : انها اذا كانت فى منزل احدهما وتحت يده والبينة مطلقة فصاحب اليد اولى •

٩٩٧ ـ وقد اختلف اصحابنا اذا وقت أحدهما ولم يوقت الاخر في الملك ، انه يقضى للذى لم يوقت عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف يقضى لصاحب الوقت •

٩٩٨ ـ وسنذكر هذه المسألة واشباهها فى الدعاوى ان شاء الله •

تنازع على نكاح امرأة

٩٩٩ ـ واذا ادعى نكاح امرأة وهى تجحد فأقام بينة وقضى له بها ، فجاء رجل آخر واقام البينة على مثل ذلك لم احكم بها له وهى زوجة للاول الا ان يوقت وقتا قبل وقت الذى تضي بها له ، وهى لصاحب الوقت الاقدم منهما •

الشهادة على المعاملات

١٠٠٠ ـ وقال اصحابنا : ولا تجوز الشهادة على العتق والطلاق والقتل والغصب والجراحات والبيوع والديون ومـا يدور بين الناس من المعاملات الا بمعاينة أو اقرار •

الولاء المشهور

١٠٠١ ـ واختلف اصحابنا فى الولاء المشهور ، فلم يقبل أبو حنيفة ومحمد فيه الاستفاضة وجعلاه كالعتق •

١٠٠٢ ـ وقال أبو يوسف تجوز كالنسب •

لا ينقل الولاء بعد ثبوته

١٠٠٣ ـ واذا ثبت الولاء من رجل بان شهد الشهود انه مولاه الذى اعتقه

وقد مات فقضى له بالولاء والميراث فلو حضر آخر فادعا ولاءه وشهد له الشهود انه مولاه لم يقض بهذه البينة ولم ينقل الولاء بعد ثبوته كما لا ينقل النسب بعد ثبوته •

فصل

الملك المشهور إلخ

١٠٠٤ ـ وقال أصحابنا : لا تجوز الاستفاضة في الملك المشهور ، وقبل ذلك الشافعي •

١٠٠٥ ـ وفى الوقف المشهور خلاف برواية عن ابى يوسف انه يقبل فى الملك انما هو لمن يتصرف فى ذلك بالبيع والعقود والاجارة والارث والوصية ،

١٠٠٦ ـ وقال أبو حنيفة : اذا رايت الدار فى يدى رجل او الثوب أو الدابة وسعك ان تشهد ان ذلك له بظاهر اليد •

١٠٠٧ ـ واختلف اصحاب الشافعى فى اليد هل تدل على الملك ام لا ؟

فمنهم من قال تدل على الملك •

ومنهم من قال لا تدل على ذلك •

١٠٠٨ ـ ولو كانت اليد لا تدل (على الملك) لما سمعت الدعوى على من فى يده الشيء وجعل القول قوله فى ذلك •

١٠٠٩ ـ وقال محمد عن ابى حنيفة فى الجامع الصغير •

ـ اذا رأى الشاهد فى يد انسان شيئا وسعه ان يشهد له بالملك الا العبد والامة •

١٠١٠ ـ وقال أبو يوسف لا يسع ذلك حتى يقع فى قلب الشاهد ذلك ، ولم يفرق فى الامالى[1] بين الحيوان والرقيق •

١٠١١ ـ وقال الخصاف :

اذا اشهد من ادرك الملك ولم يعاين المالك كامرأة لا تخرج ولا يراها الرجال ، فان كان ذلك مشهورا عند العوام فالشهادة على ذلك جائزة ، وان لم

(١) في نسخة قليج : الامـلاء •

يكن الملك والمالك مشهورا لم تجز الشهادة على ملك ذلك الا أن يشهد من عاين الشيء في يده .

١٠١٢ ـ وان شهد على الملك من لم يعاين الملك ، ولكن عاين من ينسب اليه الشيء فرأى المالك[1] لم تجز له الشهادة ، انما تجوز الشهادة اذا كان الشاهد قد عاين الدار ولم يعاين المالك اذا كن مشهورا في الاستحسان ، وفي القياس لا يجوز ذلك .

١٠١٣ ـ وقد ارتكب بعض اصحاب الشافعي ان العقود تثبت بالاستفاضة ، ولو ثبت ذلك بالاستفاضة لما اعتبرعلم الشاهد في شيء من الشهادات .

١٠١٤ ـ واذ قد ذكرنا حكم ما يشهد به الشاهد من طريق العلم وما يثبت من طريق الاستفاضة وجب ذكر الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها وما يعتبر فى التزكية .

باب الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها والتزكية

ـ وهذا باب الشهادة وما يعتبر فى جوازها وطريق حصولها والتزكية .

١٠١٥ ـ وقد كان الواجب ان يذكر هذا الباب فى أول ابواب الشهادات الا انا اخرناه لانه كلام فى الطريق الى معرفة ما قدمناه .

١٠١٦ ـ وقد ذكرنا صفة اصحاب المسائل عن الشهود فيما تقدم ، وذكرنا صفة العدل وبينا من ذلك فى اول الابواب المقدمة ما فيه كفاية .

١٠١٧ ـ ونحن نذكر في هذا ما قاله العلماء وشرطوه فى جواز قبوله . وقد قال اهل العلم ومن صنف فى هذا الشأن اقوالا كثيرة ، ونحن نحكى فى هذا الباب جملا منها مقصوره يبين بها الغرض ان شاء الله .

١٠١٨ ـ فقال ابراهيم النخعى :

---

(١) جملة « فرأى المالك » لم ترد فى نسخة قليج .

العدل في المسلمين من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج •

١٠١٩ ـ وقال الشعبي :

شهادة الرجل جائزة ما لم يضرب حدا أو يعلم عليه فرية[١] في دينه•

١٠٢٠ ـ وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه سأل رجلا عن رجل فقال له : ما علمت عنه الا خيرا ، فقال له : حسبك •

١٠٢١ ـ وعن شريح انه قال لخصم ايت ؟ شهود عدل فانا قد امرنا بالعدل وأنت فاسأل عنه ، فان قالوا الله أعلم به فهم يعرفون[٢] ان يقولوا انه مريب ولا تجوز شهادة مريب ، وان قالوا ما علمناه الا عدلا مسلما فهو ان شاء الله كذلك وتجوز شهادته •

١٠٢٢ ـ وكان الحسن يجوز شهادة المسلمين الا ان يجرح الخصم الشاهد•

١٠٢٣ ـ وروى عن الحسن ان رجلا اتاه فقال ان اياس بن معاوية رد شهادتي •

فقام معه الحسن فقال ما منعك وروى يالكع !

لم رددت شهادة هذا ؟ اما بلغك ان رسول الله (ص) قال : من استقبل قبلتنا واكل ذبيحتنا فذلك المسلم •

قال : ايها الشيخ ان الله يقول « فمن ترضون من الشهداء » وان هذا ممن ليس يرضى من الشهداء قال محمد بن الحسن فخصم اياس الحسن •

١٠٢٤ ـ وقد روى الحذاء[٣] ان أياس بن معاوية قضى في يوم قضية ماصيرا[٤] فيها يمين ولا سأل فيها بينة •

---

(١) هكذا اجتهدنا في قراءتها ولعلها : خربة • والفرية الكذب والخربة سرقة الابل وكل خيانة او هي الفساد في الدين •

(٢) كذا في جميع النسخ ولعلها : فهم يعرضون انه مريب •

(٣) يستفاد من كتاب أخبار القضاة لوكيع (١/٣١٧) ان خالد الحذاء كان فقيها مشاورا لقاضي البصرة أياس بن معاوية بن قرة المزني •

(٤) كذافي جميع النسخ ولعلها ما سمع •

من كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري

١٠٢٥ ـ وقد روى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى ابى موسى:

« المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا فى حد او مجربا عليه شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة »[١] •

١٠٢٦ ـ وقد روى عن محمد بن عبدالرحمن الموصلى[٢] • انه قال :

قلت لاياس بن معاوية : اخبرت انك لا تجيز شهادة الاشراف بالعراق ولا التجار الذين يركبون البحر ؟

قال : أجل ، أما الذين يركبون البحر ، فانهم يركبون الى الهند حتى يغرر بدينهم ويمكنوا عدوهم منهم من أجل طمع الدنيا فعرفت ان هؤلاء ان اعطى أحدهم درهمين في شهادتهم لم يتحرج بعد تغريرهم بدينه •

واما الذين يتجرون فى قرى فارس فانهم يطعمونهم الربا وهم يعلمون ، أفاجيز شهادة اكلة الربا ؟

واما الاشراف فان الاشراف بالعراق اذا نابت احدا منهم نائبة اتى الى سيد قومه فشهد له ، وشفع ، وقد كنت ارسلت الى عبد الاعلى بن عبدالله بن عامر الا يأتى بشهادة •

---

(١) أصل هذه الفقرة من رسالة عمر حديث المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في فرية وقد أورد الماوردي في أدب القاضى هذه النبذة من رسالة عمر واحتج بها وقال : وهذا عهد عمل به المسلمون وتلقوه بالقبول فصار كالاجماع (بند ١٨٤٠) انظر ايضا كتابنا نصوص قانونية وشرعية ، ص١٤٣ـ١٤٥ وحجج تيان فى التشكك من صحة هذه الرسالة فى كتابة تاريخ التنظيم القضائى فى ديار الاسلام ، ص٨٧ـ٨٢ •

(٢) جاء في أخبار القضاة لوكيع (٣٥٩/١) « حدثني احمد بن علي قال حدثنا ابن وهب ، عن عبدالله بن لهيعة ، عن محمد بن عبدالرحمن القرشى الخ »•

وقد كان علي بن موسى يجيز شهادة أهل الاهواء ويراهم أهلا لها اذا ادخلهم في الهوى الدين الا الخطابية فان بعضهم يقبل يمين بعض ويشهد له فلا اجيز شهادة هؤلاء ، وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ، وقالا بجواز الشهادة في هذا على النكاح[2] •

١٠٢٧ ـ وقد روى عن ابن شبرمة انه قال :

ثلاث لم يعمل بها احد قبلي ولا يتركهن أحد بعدى :

المسئلة عن الشهود في السر •

واثبات حجج الخصمين •

وتحلية الشهود في المسألة[3] •

طريق معرفة العدل

أو التزكية

١٠٢٨ ـ وطريق معرفة العدل انما هو سؤال القاضي عنه •

---

(١) الخطابية فرقة غالية ذهبت الى القول بالوهبة الائمة من آل البيت وكان زعيمهم أبو الخطاب محمد بن أبي زينب الأسدي الاجدع يقول بالوهية ابى عبدالله جعفر بن محمد الصادق ، وقد جاء في الملل والنحل للشهرستاني أن الصادق تبرا منه ولعنه ، واخبر أصحابه بالبراءة منه ، وشدد القول في ذلك •• فلما اعتزل عنه ادعى الأمر لنفسه • زعم ابو الخطاب ان الائمة انبياء ثم آلهة ، وقال بالاهية جعفر بن محمد والاهية آبائه ، وهم أبناء الله وأحباؤه ، والالهية نور في النبوة ، والنبوة نور في الامامة ، ولا يخلو العالم من هذه الآثار والانوار ، زعم أن جعفرا هو الاله في زمانه ، وليس هو المحسوس الذى يرونه ولكنه لما نزل الى هذا العالم لبس تلك الصورة فرآه الناس فيها ، ولما وقف عيسى بن موسى صاحب المنصور على خبث دعوته قتله بسبخة الكوفة وافترقت الخطابية بعده فرقا الخ » (الملل والنحل ٣/٣٠٠ وما بعدها) •

(٢) كذا في النسخ والظاهر ان صواب الجملة : جواز شهادة هؤلاء •

(٣) في أدب القاضي للماوردى (١٨٦٩) وقد حكى عن ابن شبرمة انه قال : « شيئان ما عمل بهما قبلي ، ولا يتركهما بعدي أحد » ولم يذكر اثبات حجج الخصمين •

١٠٢٩ ـ وقد ذكرنا صفة اصحاب المسائل فيما تقدم ، وههنا نذكر كيفية المسئلة .

١٠٣٠ ـ قال اصحابنا : يسئل في السر ، عن انسابهم وحلاهم ومجالسهم فيسئل أهل الثقة والامانة من جيرانهم ممن يصلح لذلك ، وليس كل عدل يصلح ان يسئل عن الشهود لانه قد يكون عدلا فيه غفلة ، فاذا سئل فقيل هو عدل جائز الشهادة اخبر القاضي بذلك في السر فيقبل القاضي ما يأتيه من التعديل في قول ابي حنيفة وابي يوسف .

١٠٣١ ـ وقال أبو حنيفة رجلان افضل ، وقال محمد لا يقبل الا رجلين ، وهو قول الشافعي .

١٠٣٢ ـ والرأى للقاضي ان يستظهر برجل آخر في المسائل ، فاذا اتاه الاول بشيء من أمر الشهود دفع الى الاخر ايضا اسماء الشهود وأمره بالمسئلة ولم يعلمه بما جاءه به الاول ، فان اتفقا اخذ به وأمر الطالب ان يأتي بقوم يعدلونهم في العلانية فاذا فعل ذلك احضر الخصم والشهود ثم يسأل المعدلين عن رجل رجل من الشهود عن اسمه واسم ابيه وعدالته فاذا بينوا ذلك اخذ بشهادتهم .

١٠٣٣ ـ وانما يعدل في العلانية لئلا يقع اسم على اسم فلهذا وجب في العلانية .

١٠٣٤ ـ واذا اختلف اصحاب المسائل على الشاهد فاتى هذا بما تقبل معه الشهادة وهذا بما يوجب الرد امتحن القاضي ذلك بنفسه ، ونظر ما السبب في ذلك فان صح احد الامرين امضاه واذا لم يكن في الجيران من يصلح للمسئلة سأل من في اسواقهم ممن يصلح لذلك .

١٠٣٥ ـ وان كانت الشهادة بحد او قصاص سأل الجيران ذلك وبحث واستقصى المسئلة في معرفة ذلك .

١٠٣٦ ـ واذا لم تثبت العدالة عنده بالمسألة قال للطالب : زدني شهودا ولا يعرفه القدح في شهوده .

١٠٣٧ ـ فان قال الطالب :

ـ شهودى هم عدول ، وعندى من يزكيهم من العدول ، واتى بذلك اعاد القاضى المسئلة وكشف عنهم وعن من جرحهم •

١٠٣٨ ـ فاذا عرف الجرح حكم به وقدمه على التعديل لانه زيادة علم بحال الشهود •

١٠٣٩ ـ واذا عدله اثنان فما زاد وجرحه واحد فالتعديل اولى •

١٠٤٠ ـ فان جرحه اثنان وعدله مائة فالجرح اولى عنـــدنا ، وهو قول الشافعى أيضا •

١٠٤١ ـ واذا عدله واحد وجرحه واحد فالجرح أولى •

١٠٤٢ ـ وقال الشافعى لا يحكم بواحد منهما •

١٠٤٣ ـ ولا يجب بيان سبب الجرح عند اصحابنا جميعا ، ويكفى ان يقول ليس بعدل •

١٠٤٤ ـ وقال الشافعى ينبغي بيان ما جرحه به لانه ربما يكون ذلك لا يوجب رد شهادته •

واذا ثبتت العدالة فقال الشهود بالتزكية ليس هو عدل كلفا ببيان ما يبطل العدالة من افعاله •

١٠٤٥ ـ وذكر ذلك الخصاف عن محمد بن الحسن وعنـــدنا لا يحكم بالفسق وعنده يحكم •

١٠٤٦ ـ واذا شهد على المطلوب بالحق شهود فاقام المطلوب بينة ان الطالب استأجرهم ليشهدوا له بهذه الشهادة لم يقبل من بينه المطلوب ، وهذا تهاتر عند ابى حنيفة ويقبل غيره وترد الشهادة •

١٠٤٧ ـ وقبل ابو حنيفة تعديل الولد لوالده والوالد لولده ، وكل ذى رحم فانه يقبل تعديله لرحمه •

١٠٤٨ ـ وقال الشافعي يعمل في العدالة والفسق بعلمه •

١٠٤٩ ـ واذا جهل اسلامه لم يحكم حتى يسئل عن اسلامه ، ولا يعمل باسلامه بظاهر الدار كما يعمل في اللقيط باسلامه بظاهر الدار لان النبي صلى الله عليه وسلم سأل الاعرابي عن اسلامه لما شهد برؤية شهر رمضان[١] •

١٠٥٠ ـ ويرجع في اسلامه الى قوله ، كما رجع النبي عليه السلام الى قول الاعرابى وهذا قول الجميع •

إثبات الحرية عند جهل القاضي بها

١٠٥١ ـ واذا جهل حريته ، او قال المشهود عليه هما عبدان ، فقالا نحن احرار لم نملك قط لم يقبل الشهادة عندنا حتى تثبت الحرية • ولو كان يسأل عن حريتها فاخبر بذلك ثقة نفذت الشهادة عند بعض اصحابنا واختار القول الاول الخصاف •

١٠٥٢ ـ وقال اصحاب الشافعي في ذلك وجهان احدهما انه يقبل قولهما لان الظاهر من الدار حرية اهلها كما ان الظاهر الاسلام ؟ ثم يثبت الاسلام بقوله كذلك الحرية ، والوجه الثاني قالوا وهو الاظهر انها لا تثبت بقولهما كما قلنا ، قالوا لانه يملك الاسلام اذا كان كافرا بقوله ولا يملك ان يصير حرا بقوله اذا كان عبدا ، ولا يحكم لمجهول العدالة لانه لا يؤمن فيه الفسق •

فصل

١٠٥٣ ـ واذا عرفت عدالته كتب اسمه وكنيته وصنعته وسوقه ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره ، ويذكر من شهد له حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته له من

---

(١) جاء في أدب القاضي للماوردى ان أعرابيا شهد عند رسول الله (ص) برؤية الهلال فقال له : أتشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ؟ قال نعم، فأمر بلالا ان ينادى في الناس من الغد ، ولم يسأل عن عدالته وعمل على الظاهر من حالة (١٨٣٨) •

والد أو ولد ، ويذكر من شهد عليه حتى لا يكون ممن لا تجوز شهادته عليه، ويذكر قدر ما شهد به لانه قد يكون ممن يقبل قوله فى قليل ولا يقبل فى كثير

فصـــــل

١٠٥٤ ـ واختلف اصحاب الشافعى هل يحكم القاضى فى الجرح والتعديل باصحاب المسائل او بمن عدل او جرح من الجيران ؟

فقال أبو اسحق يحكم بشـهادة الجـيران لانهم يشـهدون بالجرح والتعديل ، قال فعلى هذا يجوز ان يقتصر على الواحد من اصحاب المسائل ويجوز بلفظ الخبر ، ويسمى للحاكم من عدل أو جرح ، ثم يسمع الشهادة بالجرح والتعديل من الجيران على شرط الشهادة فى العدد ولفظ الشهادة ، وحمل لفظ الشافعى فى العدد على الجيران .

١٠٥٥ ـ وقال الاصطخرى يحكم بشهادة اصحاب المسائل لان الجيران لا يلزمهم الحضور ، فعلى هذا لا يكون اصحاب المسـائل اقل من اثنين ويجوز ان يكون من اخبرهم من الجيران واحدا ، اذا وقع فى نفوسهم صدقه ، ويجب ان يشهد اصحاب المسائل عند القاضى على طريق الشهادة ، ولفظ الشهادة . وحمل قول الشافعى فى العدد على أصحاب المسائل .

١٠٥٦ ـ وان بعث باثنين فعادوا بالجرح حكم بالجرح وان عادوا بالتعديل حكم بالتعديل ، وان عـاد واحد بالجرح وعـاد الاخر بالتعـديل لم يحكم بالتعديل ولا بالجرح بقول واحد منهما[١] .

١٠٥٧ ـ قال بعض اصحابنا :

ـ ويكفى ان يقول الشاهد هو عدل فى قبول شهادته .

١٠٥٨ ـ وقال الشافعى لا يقبل فى التعديل حتى يقول عدل لى وعلى .

---

(١) فى نسخة منيخ لم يحكم بقول واحد منهما فى جرح ولا تعديل .

١٠٥٩ ـ ومن أصحابه من قال : يكفى قوله عدل ، كمـــا قلناه ، وهو الاصطخرى لان قوله عدل يقتضى ان يكون عدلا له وعليه

١٠٦٠ ـ وما ذكره الشافعى على سبيل الاستحسان[1] •

١٠٦١ ـ ومنهم من قال هو شرط ، وهو أبو اسحق لان قوله عـدل لا يقتضى العدالة •

١٠٦٢ ـ ولا يقبل التعديل الا ممن تقدمت معرفته وطالت صحبته وخبرته بالشاهد لان المقصود معرفة العدالة من الباطن ، ولا يعرف ذلك لمن لم تتقـــدم صحبته ، وفى الجرح يقبل ممن تقدمت صحبته وممن تأخرت منه المعرفة •

١٠٦٣ ـ ويعيد المسئلة عن الشهود بعد اشهر او سنة اذا كثرت شهاداتهم، فان ذلك احوط •

١٠٦٤ ـ وقد قال اصحاب الشافعى اذا اعاد الشهادة فى مدة قريبة لم يسأل عن الشاهد وان طال الزمان ففيه وجهان : احدهما لا يجب لان الاصل بقاء العدالة والثانى انه يجوز ان يتغير بطول الزمان الحال فلا يحكم حتى يسأل •

نقد قاضي القضاة لتهاونه في إعادة السؤال عن شهوده

١٠٦٥ ـ وقد رأينا شيوخ شيخنا قاضى القضاة رحمه الله وقد طال بهم وبه الزمان وهم شهوده لا يسئل عنهم ولا يبحث •

فصـــــل

١٠٦٦ ـ قال ابو يوسـف اذا أقام الرجـل عنـد قوم سـتة أشـهر لـم يظهر منه الا الصلاح وسعهم ان يعدلوه ، ثم رجع وقال : لا يعدلونه حتى يقيم سنة كاملة فان فى ذلك يتبين امره •

١٠٦٧ ـ والعـدلان المبرزان اذا عدلا رجلا عند رجل وسعه أن يعـدله اذا وقع فى قلبه انهما صادقان وليس الرجل اكثر حالا من القاضى •

---

(١) فى نسخة قليج : الاستحباب •

١٠٦٨ ـ ويقبل ذلك أيضا من رجل وامرأتين ، ولا يسأل من النساء الا من تعرف الاحوال وتخالط القاضى فاما من هى فى البيوت فلا •

فصـــــل

طعن الخصم في عدالة الشهود

١٠٦٩ ـ واذا شهد عند[1] القاضى رجال فقال الخصم : انا أقيم بينة عندك انهم عبيد أو فساق أو محدودون فى قذف أو فيهم مانع يمنع الشهادة على ، وأتى بشهود فشهدوا بذلك قبل ذلك واخرجهم من العدالة •

١٠٧٠ ـ ولو شـهدوا بأمر قديم يجوز أن يتـاب منه ويصفح لم يقبـل ذلك ، ولم يخرجهم من العدالة ، وان كان فى أمر يسير قبل ذلك •

فصـــــل

تعديل المشهود عليه الشهود

١٠٧١ ـ واذا شهد على رجل بحق فعدله المشهود عليه ، قال أبو حنيفة : ان كان بعد الشهادة فقال هم عدول على ولى امضى الحاكم الحكم ، وان كان قبل الشهادة عليه ثم انكر ما شهدوا لم ينفذ عليه ، وسأل عنهم ، فان عدلوا انفذ الحكم وان عدل احدهما بعد الشهادة وقال قد غلط على لم يقبل تعـديله وكان للحاكم ان يسأل •

١٠٧٢ ـ ولو انه قال : ما شهد به فلان أو هما على حق أو هو الحق اجاز الشهادة ولم يسئل عن الاخر •

١٠٧٣ ـ وان كان قال ذلك قبل الشهادة وقال ما ظننت انه يشهد على الا بالحق وقد شهد بباطل فان القاضى يسأل ولا يقبل قوله الاول ، وهو قول زفر والحسن بن زياد •

١٠٧٤ ـ وان شهدا بما ادعاه الخصم فقال بعد ذلك هما عدلان فيما شهدا به على او جائزا الشهادة لى وعلى انفذ ذلك ولا يسأل عنهما •

---

(١) فى نسخة منيخ : واذا عدل •

١٠٧٤ ـ وقال ابو يوسف لا يجتزى بذلك فان عدلا انفذ الحكم والا رده ذكره في الامالى كذا ورواه الخصاف في أدبه •

١٠٧٥ ـ ولاصحاب الشافعى وجهان : الاول يقبل تعديل الخصم والثانى لا يقبل من غير تفصيل ذكروه لان المسئلة حق له فاذا اسقطها نفذ الحكم عليه والثاني ان التعديل حق الله تعالى ولا يجوز الحكم له بالعدالة بقول المدعى عليه وحده •

١٠٧٦ ـ وان قال الخصم المدعى عليه : شهدا على بالحق ، أو هذه الشهادة حق أو صدقا فيما شهدا به ، أو هما صادقان في هذه الشهادة التي شهدا بها انفذ الحكم بقوله ، ولا يحتاج الى أن يسأل لان هذا اقرار منه •

فصل

العدل

١٠٧٧ ـ واذا كانت اكثر امور الانسان حسنة فهو عدل اذا لم يرتكب كبيرة ، وان كان قد ارتكب كبيرة وتاب واصلح قبلت شهادته في قول ابي يوسف

١٠٧٨ ـ وقال غيره اذا كان الرجل ملازما للجماعة مؤديا للفرائض ،معروفاً بصدق المعاملة مؤديا للامانة ، صدوق اللسان فهو عدل ، وان كانت منه السقطة من الصغائر يستغفر منها ولا يعود الى مثلها فهو عدل •

١٠٧٩ ـ واذا شهد عند الحاكم الشهود وارتاب منهم فله ان يسألهم عن تحمل الشهادة ويفرقهم ويسأل كل واحد منهم على الانفراد عن صفة التحمل ، ومكانه وزمانه ، لما روى ان أربعة شهدوا على امرأة بالزنا عند دانيال عليه السلام ففرقهم وسألهم فاختلفوا فدعا عليهم فنزلت عليهم نار فاحرقتهم[1] •

١٠٨٠ ـ فان فرقهم فاختلفوا سقطت شهادتهم وان اتفقوا فالمستحب ان يعظهم

---

(١) اشار الماوردي في أدب القاضي الى ماروى عن دانيال (النبذة ١٨٧٩)

فقد روى ابو حنيفة قال : كنت عند محارب بن دثار[1] وهو قاضي الكوفة فجاءه رجل وادعى على رجل حقا فأنكره ، فاحضر المدعي شاهدين فشهدا له ، فقال المشهود عليه : والذي تقوم به السموات والارض لقد كذبا على في الشهادة ، وكان محارب بن دثار متكئا فاستوى جالسا وقال :

ـ سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ان الطير لتخفق اجنحتها وترمى بما في حواصلها من هول يوم القيامة ، وان شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار» فان صدقتما فأثبتا وان كذبتما فغطيا رأسيكما وانصرفا .

فغطيا رأسيهما وانصرفا[2] .

فصـــل

١٠٨١ ـ ويقبل فى تزكية السر العبد والمحدود فى القـذف والمرأة ومن ظاهره العدالة لانه خبر كما قبلوا فى هلال رمضان ، ولم يقبلوا فى شهادةالعلانية الا شهادة من تجوز شهادته بالحقوق أما رجلان أو رجل وامرأتان .

١٠٨٢ ـ وقد ذكرنا فيما تقدم خلاف الشافعى .

١٠٨٣ ـ واذ قد ذكرنا الشهادة وما يعتبر في جوازها وجب ان نذكر ما ترد به شهادة الشاهد .

باب ما ترد به شهادة الشاهد

وهذا باب ما ترد به شهادة الشاهد مما اتفق عليه واختلف فيه :

١٠٨٤ ـ اتفق علماء الامصار على أن الفسق يمنع قبول الشهادة وانه اذا فسق الشاهد لم يجز للحاكم الحكم بها .

---

(١) سبقت ترجمته .

(٢) وردت هذه الرواية في أدب القاضي للماوردي ايضا (النبذة ١٨٨٤).

الحكم بشهادة الفاسق

١٠٨٥ ـ وحكى القدوري رحمه الله في التجريد في مسئلة ولاية الفاسق ان من اصحابنا من قال اذا حكم بشهادته نفذ حكمه .

نقد

١٠٨٦ ـ وهذا قول يرده الاجماع ويدفعه النظر ، لان شرط قبول قول الشاهد يقف على وجود العدالة ورضاء المسلمين عن الشهود ، والفاسق غير مرضي ولا عدل فلا يجوز الحكم بشهادته ، والحاكم اذا حكم بذلك مع العلم فقد فسق وخرج من الحكم ، وفساد هذا القول اوضح من تكلف الدلالة عليه .

شهادة الماجن

١٠٨٧ ـ وترد شهادة من يكثر الكذب ويتظاهر بالمجون والفجور ويكثر البحث في المذاهب والمقالات .

١٠٨٨ ـ وكذلك اذا تظاهر بالمذاهب الردية والبدع الظاهرة .

١٠٨٩ ـ وترد شهادة من يلعب بالحمام ويطيرها من المواضع[1] ومن يناطح بالاكباش والحيوان كله ويقامر .

شهادة لاعب الشطرنج

١٠٩٠ ـ ورد اصحابنا شهادة من يلعب بالشطرنج .

١٠٩١ ـ وقال الشافعي لا ترد شهادته بذلك ،

وحكى الخصاف في المفصل[2] انه اذا كان لا يقطعه ذلك عن الصلاة ولا يشغله عن الدين ولا يكثر الحلف عليه ولا يقامر فشهادته جائزة .

---

(١) كان شريح القاضي لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام (تاريخ القضاة لوكيع ٢/٣٠٨) .

(٢) في نسخة قليج : في ادبه للقضاء .

١٠٩٢ ـ وقال انه يرد شهادة من ترك صلوة الجماعة ثلاثا من غير تأويل •

١٠٩٣ ـ وترد شهادة من يشتم الصحابة رضى الله عنهم •

١٠٩٤ ـ قال ابو يوسف لان شتم الجيران يمنع قبول الشهادة فشتم الصحابة رضى الله عنهم اولى (ان ترد به الشهادة) •

١٠٩٥ ـ وترد شهادة شارب الخمر ومن يسكر من النبيذ لانه بذلك يفسق

١٠٩٦ ـ وترد شهادة من يلعب بالملاهى •

١٠٩٧ ـ وقال الخصاف : اذا كان يلعب بهـــذه الملاهى ولا تشغله عن الطاعات ولا ينسب اهلها الى المجانة والفجور وافعـــال الصلاح عليـــه اغلب قبلت شهادته •

١٠٩٨ ـ وترد شهادته بخصلة واحدة من الفسق ، ولا تقبل شهادته حتى يكون عدلا فى افعاله ، ولا يقرف بريبة •

١٠٩٩ ـ وترد شهادة من يكثر منه الكذب الفاحش ولا يتحفظ في أقواله وان كان يقع منه في البـدرات[١] والخير عليه أغلب قبلت شـهادته ، هـكذا ذكر الخصاف •

١١٠٠ ـ وترد شهادة النائح والنائحة ، والمغنى والمغنية ، ومن يقطع الطريق ويتلصص ، وأهل العصبية ، والعاشر ، وآكل الربا ومرتكب الربا ، ومن يلوط بالصبيان والنساء •

١١٠١ ـ وقال ابو يوسف : من يتهم بشتم الصحابة رضى الله عنهم لا يمنع من قبول قوله الا ان يقولوا سمعناه يشتم الصحابة •

١١٠٢ ـ ولو قالوا هو متهم بالفجور لم يقبل قوله •

---

(١) ان هذه اللفظة تحتمل ان تكون بالنون أو بالباء فان تكن بالنون فلفظة ندر الشيء ندورا تعنى سقط من جوف شيء او من بين اشياء فظهر ... ونوادر الكلام ما شذ وخرج من الجمهور ، ولقيته ندرة وفى الندرة مفتوحتين ، وندرى وفى ندرى والندرى وفى الندرى محركات : اى بين الايام ، واندر عنه من ماله **كذا أخرجه والشيء اسقطه (القاموس المحيط) وأما بدر بالباء فتدل على الاسراع يقال بدرت الى الشيء ابدر بدورا واستبقنا البدرى أي مبادرين (لسان العرب) •**

وذكر فى الفرق بينهما ان من يتهم بذلك فى الشتم فقد أثبت له العدالة ، والشتم لا يقبل الا بالسماع واذا قالوا يتهم بالفجور فما اثبتوا له العدالة

١١٠٣ ـ وترد شهادة من لا يؤدى زكاته وصدقته .

فصل

١١٠٤ ـ ولا ترد شهادة الاخ لاخيه وهو قول عروة بن الزبير وابن سيرين والشعبى وابراهيم (النخعى) وقتادة ، وهو قول الشافعى واصحابنا[١] .

١١٠٥ ـ وقال الحسن (بن زياد اللؤلؤى) لا تجوز شهادة الاخ لاخيه، وهو قول مالك لان القصاص يجرى بينهما فهو كالاجنبي ، وليس من حيث لم تجز مناكحة الاخ لاخيه ينبغى ان لا تقبل شهادته كما لو شهد لام زوجته وبنته.

فصل

من لا تجوز شهادتهم

١١٠٦ ـ روت عائشة رضى الله عنها عن النبى (ص) انه قال : لاتجوز شهادة الابن لابيه ، ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج للمرأة ولا الاجير لمن استأجره ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده ولا الشريك لشريكه .

١١٠٧ ـ وذكره الخصاف ، وهو قول ابراهيم (النخعى) وشريح (القاضى).

١١٠٨ ـ وكان الشعبى لا يجيز شهادة الرجل لابنه ، ولا شهادة المرأة لزوجها ، ويجيز شهادة الابن لابيه والرجل لامرأته .

١١٠٩ ـ وكان سفيان (الثورى) يرى جواز شهادة الرجل لامرأته ولايجيز شهادتها له .

---

(١) كان شريح أيضا يجيز شهادة الاخ لاخيه (تاريخ القضاة لوكيع ٢/٢٥٢) .

١١١٠ ـ وروى عن شريح انه اجاز شهادة زوج واب •

١١١١ ـ واتفق اصحابنا على أنه لايجوز شهادة الوالد لولده، ولاالولد لوالده ولا أحد الزوجين لصـــاحبه ولا المكاتب لمولاه ، ولا المولى له ، وكذلك المدبر وام الولد ، والمعتق بعضه ولا لولد ولده وان سفلوا ، ولا فرق بين ولد البنت وبين ولد (الابن)[١] ولا لاجداده ولا جداته من قبل ابيه ومن قبل امه •

١١١٢ ـ واجاز الشافعي شهادة الزوج لزوجته وكذلك الزوجة لزوجها لانه ليست بينهما عصبية •

١١١٣ ـ ونحن نقول بينهما سبب يوجب التوارث من غير حجب كالولادة•

١١١٤ ـ وقد اجاز بعضهم شهادة الوالد لولده والولد لوالده وان سفلوا وعلوا ، وهو قول المزني وابى ثور من اصحاب الشافعي •

١١١٥ ـ وقد روى عنه عليه السلام انه قال :

ـ انت ومالك لابيك •

ولانه متهم فجرى مجرى الشهادة لنفسه فلا تقبل •

فصـــــل

١١١٦ ـ وقالوا : لا تقبل شهادة من لا مروءة له كالقوال والرقاص ، ومن يضحك الناس ويسخرون منه[٢] ومن يمشي مكشوف الرأس والبدن في المواضع التي لا يعتاد أهلها ذلك ، ويأكل في الاسواق بحضرة الناس ، لان المرؤة من الانسانية ، لانها مشتقة من المرأ ، وقد روى ابو مسعود البـــدرى[٣] عن النبي

---

(١) في نسخة قليج : ولا فرق بين ولد البنين والبنات •

(٢) في نسخة قليج : ويسخر به •

(٣) في ترجمته اضطراب اشير اليه في اسد الغابة (٥/٢٩٧) وجاء فيه: ابو مسعود غير منســـوب اورده ابو بكر بن ابى علي على ان لم يكن البدرى فغيره •• » ورجح ابن الاثير ان ابا مسعود البدرى هو ابن عمرو بن ثعلبة ثم من بني عبد عوف بن الحارث بن الخزرج وانه عرف بالبدري لانه سكن أو نزل ماء بدر وشهد العقبة ولم يشهد بدرا عند أكثر أهـل السير وقبل شهد بدرا • كان أحدث من شهد العقبة سنا (اسد الغابة ٥/٢٩٦) •

(ص) انه قال « مما ادرك من النبوة الاولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت » ولان من لا يستقبح القبيح لا يستقبح الكذب فلا يوثق بقوله .

فصـــل

١١١٧ ـ واختلف فى شهادة اصحاب الصنائع الدنية كالكناس والزبال والحجام والقيم فى الحمام والنخال اذا حسنت طريقتهم فى الدين ، فمنهم من قال لا تقبل شهادتهم لدناءتهم فى صناعتهم .

١١١٨ ـ وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعى .

والوجه الثانى: انها تقبل لانه قال تعالى: «ان اكرمكم عند الله اتقاكم»[1] ولان هذه صناعات مباحة ، وبالناس اليها حاجة ، وعلى هذا كثير من أصحابنا[1].

١١١٩ ـ وكره اصحابنا شهادة النخاس والصيرفى وتجار الاسواق ، وردوا شهادة من يكثر الحلف منهم على ما يبيعه ويشتريه .

١١٢٠ ـ فاما من استقام منهم فى الطريقة وعرف بصدق اللهجة فى بيعه وشرائه فليست الصناعة بضائرة له ، ولولا ذلك لما عرفنا بشهادتهم قيم الدواب والاوانى وعيوب الحيوان ، ولابد فى كل صنعة من مستور وصالح مستقيم ، وعلى هذه الاحوال وجد الناس بعضهم بعضا .

فصـــل
اللعب بالشطرنج

١١٢١ ـ قال الشافعى : واذا لعب بالشطرنج على عوض نظرت : فان اخرج كل واحد منهما مالا على ان من غلب منهما اخذ المال ، فهو قمار تسقط به العدالة وترد به الشهادة .

وان اخرج واحد منهما مالا على انه ان غلب احدهما (فهو) له ، وان

(١) الحجرات ٤٩/١٣ .

غلب صاحبه اخذ المال ، لم يصح القيد ، لأنه ليس من الات الحرب فلا يصح بذل العوض فيه ، ولا ترد الشهادة لانه ليس بقمار ، قالوا لان القمار هو ان لا يخلو احد من ان يغنم او يغرم وههنا احدهما يغنم ولا يغرم ، وهذا عندنا هو القمار [لان القمار هو] أن يغنم أحدهما ولا يغرم .

١١٢٢ ـ قالوا وان اشتغل به عن الصلوة في وقتها مع العلم ، فان لم يتكرر ذلك منه[١] لم ترد شهادته ، وان أكثر منه ردت شهادته لانه من الصغائر ، وفرق بين قليلها وكثيرها .

١١٢٣ ـ قالوا : ان ترك فيه المروءة بأن لعب على الطريق أو تكلم في لعبها بسخف من الكلام او اشتغل به الليل والنهار ردت شهادته لتركه المرؤة .

١١٢٤ ـ قالوا : وقد لعب به ابن عباس وابن الزبير وابو هريرة وسعيد بن المسيب وان سعيد بن جبير كان يلعب مزويا[٢] ؟

١١٢٥ ـ قال اصحابنا : هذا لعب لا حاجة بنا اليه في الدين ولا الدنيا ، فهو كاربعة عشر . وقد قل الله تعالى : « انما الخمر والميسر » الآية[٣] والميسر هو القمار[٤] .

١١٢٦ـ وقد روى عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه انه مر بقوم يلعبون فتلا قوله تعالى : « يعكفون على أصنام لهم »[٥] .

١١٢٧ ـ واختلف أصحاب الشافعي في النرد فمنهم من قال انه حرام وترد به الشهادة ، وقال أبو اسحق هو كالشطرنج .

١١٢٨ـ وقد روى ابو موسى الاشعرى عن النبي (ص) انه قال : من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله .

---

(١) فى نسخة قليج فان لم يكثر ذلك منه

(٢) كذا وفى نسخة قليج : يلعب من وراء .

(٣) المائدة ٩٠/٣٦ .

(٤) فى لسان العرب : قامرَ الرجل مقامرة وقِمارا راهنه وهو التقامر والقِمار والمقامرة وتقامروا لعبوا القمار وقميرك الذى يقامرك عن ابن جنى وجمعه أقمار ، عنه ايضا وهو شاذ .

(٥) الاعراف ١٣٨/٧ .

وروى ابو بريده ان رسول الله (ص) قال :

« من لعب بالنردشير[1] فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه ، ولان المعول فيه على ما يخرجه الفص فاشبه الازلام[2] .

١١٢٩ـ قالوا : ويخالف الشطرنج فان المعول عليه على رأيه ، وهذا لايصح لان النرد يحتاج مع الحصى الى رأى ووضع ومعرفة بالنقل والبيوت ، ويخلف اللعب به كالشطرنج سواء .

---

(١) في لسان العرب : النرد معروف شيء يلعب به فارسي معرب وليس بعربي وهو النردشير .. وشير بمعنى حلو ولم يرد في المعرب للجواليقى زيادة على هذا .

(٢) جاء في لسان العرب فى مادة زلم : والزُلَم والزَلَم القِدْح الذي لا ريش عليه ، والجمع أزلام ، الجوهري : الزَلَم بالتحريك القدح . قال الشاعر :

بات يقاسيها غلام كالزلم ليس براعي ابل ولا غنم

قال : وكذلك الزلم بضم الزاي والجمع الازلام ، وهي السهام التي كان أهل الجاهلية يستقسمون بها ، وزلّم القدح سواه ولينه ، وزلّم الرحى أدارها وأخذ من حروفها ... وفي التنزيل العزيز : « وان تستقسموا بالازم ذلكم فسق » . قال الازهري : ... الازلام كانت لقريش في الجاهلية مكتوب عليها : أمر ونهي ، وافعل ولا تفعل ، قد زلمت وسويت ووضعت في الكعبة يقوم بها سدنة البيت فاذا أراد رجل سفرا أو نكاحا اتى السادن فقال : اخرج لي زلما فيخرجه وينظر اليه ، فاذا خرج قدح الأمر مضى على ما عزم عليه ، وان خرج قدح النهي قعد عما أراده ، وربما كان مع الرجل زلمان وضعهما فى قرابة ، فاذا أراد الاستقسام أخرج احدهما .

وجاء في مادة قسم : استقسموا بالقداح قسموا الجزور على مقدار حظوظهم منها ، الزجاج في قوله تعالى : « وان تستقسموا بالازلام » قال موضع ان رفع ، المعنى وحرم عليكم الاستقسام بالازلام ، والازلام سهام كانت لاهل الجاهلية مكتوب على بعضها : أمرني ربي ، وعلى بعضها : نهانى ربى ، فاذا أراد الرجل سفرا أو أمرا ضرب تلك القداح ، فان خرج السهم الذي عليه امرنى ربى مضى لحاجته ، وان خرج السهم الذي عليه نهانى ربى ، لم يمض فى أمره ، فاعلم الله عز وجل ان ذلك حرام ، قال الازهري : ومعنى قوله : « وان تستقسموا بالازلام » أي تطلبوا من جهة الازلام ما قسم لكم من أحد الامرين ... [و] الازلام قداح الأمر والنهي لاقداح المَيْسر ، قال : وقد قال المؤرخ وجماعة من أهل اللغة ان الازلام قداح الميسر ، قال وهو وهم ... وفي حديث الفتح : دخل البيت فرأى ابراهيم واسماعيل بأيديهما الازلام فقال : « قاتلهم الله ، والله لقد علموا انهما لم يستقسما بها قط » .

١١٣٠ـ وقالوا : لايجوز اللعب بالاربعة عشر ولم يختلفوا ، فهذه الجملة حكوها في هذا الباب •

فصــــــل

شرب قليل من النبيذ

١١٣١ ـ واختلف أصحاب الشافعي فيمن شرب قليلا من النبيذ ، فمنهم من قال ان كان يعتقد بحرمته فسق وردت شهادته ، ومنهم من قال لا يفسق ولا ترد شهادته كما قلناه ، قالوا وهو المذهب لان اســتحلال الشيء اعظم من فعله بدليل من استحل الربا كفر ولا يكفر من فعله ، فاذا لم ترد شهادة المستحل فمن لا يستحل اولى •

١١٣٢ ـ واختلفوا في وجوب الحد عليــه مــع قبول شهادته ، فقال المزنى لايجب الحد كما لاترد الشهادة به، وقال غيره منهم: يجب لانه يردع عن الشرب ويحتاج الى رادع كالخمر ، وهذا لا يصح لان [شارب] الخمر يفســق ويكفر المستحل ، وكيف يجب الحد بأمر مختلف فيه والاجتهاد فيه يسوغ •

فصــــــل

المغني بغير آلة

١١٣٣ ـ قد قلنا انه لا تقبــل شــهادة المغني لما ورد عن ابن مسعود عن النبي (ص) انه قال : الغناء ينبت النفاق (؟) في القلب كما ينبت الماء البقل •

١١٣٤ـ واذا كان بغير آلة مطربة فليس بمحرم •

١١٣٥ـ وقد روى ان النبي (ص) مر بجارية لحسان وهي تقول :

هــل عــلى ويحكمــا ان لهوت من حرج ؟

فقال (ص) لاحرج ان شاء الله •

وروى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت :

كان عندى جاريتان تغنيان فدخل ابو بكر (ر) فقال : مزمور الشيطان فى بيت رسول الله ! (ص) فقال رسول الله (ص) : دعها فانها ايام عيد .

ترنم عمر بن الخطاب في بيته

١١٣٦ ـ فان غنى لنفسه او سمع غناء جارية ولم يكثر منه لم ترد شهادته لان عمر بن الخطاب (ر) كان اذا خلا فى داره ترنم بالبيت والبيتين .

وانه مر عليه عبد الرحمن بن عوف وهو يترنم فقال :

ـ اسمعتنى يا عبدالرحمن ؟

فقال : نعم .

فقال : انا اذا خلونا فى بناء لنا[١] نقول كما يقول الناس .

وروى عن ابى الدرداء[٢] وهو من زهاد الصحابة وفقهائها انه قال : انى لأجمّ قلبي بشيء من الباطل استعين به على الحق .

---

(١) فى نسخة قليج : فى منازلنا .

(٢) هو عمريمر بن مالك بن زيد بن قيس بن أمية بن عامر بن عدي بن كعب بن الخزرج بن الحارث بن الخزرج وقبل اسمه عامر بن مالك وعويمر لقبه كان فقيها عالما حكيما آخى رسول الله (ص) بينه وبين سلمان الفارسي . قال عنه النبي (ص) عويمر حكيم أمتي . وولى أبو الدرداء قضاء دمشق في خلافة عثمان وتوفى قبل أن يقتل عثمان بسنتين (اسد الغابة ١٨٥/٥ ـ ١٨٦) وقد اشتهر عويمر بكنيته وروى عنه أنس بن مالك ، وفضالة بن عبيد وابو امامة وعبدالله ابن عمر وابن عباس أو أبو ادريس الخولانى وجبير بن نفير وابن المسيب وغيرهم ومن حكمه المأثورة انه مر على رجل قد اصاب ذنبا وكانوا يسبونه فقال :

أرأيتم ان وجدتموه في قليب (بئر) ألم تكونوا مستخرجيه ؟

قالوا :

بلى .

قال :

فلا تسبوا اخاكم واحمدوا الله الذى عافاكم .

قالوا :

ـ افلا تبغضه ؟

قال أبغض عمله فاذا تركه فهو أخي (أسد الغابة ١٥٩/٤ ـ ١٦٠) .

فضائل أبي حنيفة للصيمري

١١٣٧ ـ وقد سمعنا من شيخنا قاضي القضاة رحمه الله في فضائل ابي‌حنيفة التى صنفها استاذه القاضي أبو عبدالله الصيمرى رحمه الله ان أبا حنيفة كان فى جواره رجل فكان يصعد السطح ويتغنى بهذا الشعر :

اضاعوني واى فتى اضاعوا ليوم كريهة وسداد ثغر
كأني لم اكن فيهم وليدا ولم تك نسبتى فى آل عمرو

فاخذه الوالى فلم يسمع كلامه وصوته كما جرت العادة ، فسأل عنه فاخبر بخبره فقصد الوالى واخرجه من الحبس وقال له :

ـ ما أضعناك يا فتى •

١١٣٨ ـ وقد صنف في السماع كتب مفردة وطول فيها القول واختصر ، ولم أر لاصحابنا فى هذا الباب الا كلاما مجملا غير مفصل ولا مشروح ، ولعل قولهم في المغنى الذى ترد شهادته من اتخذ الغناء أو يغشاه الناس للسماع لان في ذلك تركا للمروءة ، وكذلك ان اتخذ جارية وقصده الناس لسماع الغناء منها ، او حملها الى المواضع لتغنى فهذا هو الذى ترد شهادته لا محالة لانه قد جمع الى ترك المرؤة الديانة[1] •

تفشي الصوفية بين أهل العلم في عصر السمناني

١١٣٩ ـ وقد رأيت جماعة من أهل العلم وشيوخا من اصحابنا ومن اصحاب الشافعي يستمعون القول ويقومون يرقصون مع الصوفية •

١١٤٠ ـ ورأيت بهمذان غير واحد من اصحاب الشافعى يجمعون مع القصب الدف في الاوقات وفيهم أئمة وقضاة واشراف من أصحاب الحديث والرواية

(١) في لسان العرب فى مادة ديث : دَيّث الامر لينه ، وديث الطريق وطأه وطريق مديث أي مذلل •• [و] الدياثة الالتواء في اللسان ، ولعله من التذليل والتليين ••• والديوث : القواد على أهله والذي لا يغار على أهله ديوث والتدييث

تحريم آلات الطرب من غير غناء

١١٤١ ـ ويحرم استعمال الالات التى تطرب من غير غناء كالعود والطنبور والمعزفة والطبل والمزمار والرباب •

١١٤٢ ـ وقد حكى عن محمد بن ســـعد الزهرى انه كان يلعب بالعود ويتخذه[١] وفيه خلاف لا يعتد به •

١١٤٣ ـ وقد روى عن ابن عباس (ر) تفسير قوله تعالى : « ومن الناس من يشترى لهو الحديث ليظل عن سبيل الله بغير علم »[٢] قال هى الملاهى •

وقد روى عبدالله بن عمرو بن العاص ان النبي (ص) قال : « ان الله حرم على أمتي الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين والكوبة الطبل والقنين البربط[٣]•

١١٤٤ ـ وروى عن النبي (ص) انه قال :

مسخ أمة من أمتى بشربهم الخمر وضربهم بالكوبة والمعازف •

١١٤٥ ـ قال الشيرازي رحمه الله في كتاب المهذب له :

القيادة ، وفي المحكم الديوث والديبوث الذى يدخل الرجال على حرمته بحيث يراهم كأنه لين نفسه على ذلك وقال ثعلب : هو الذي تؤتى أهله ، وهو يعلم ، مشتق من ذلك ، أنث ثعلب الاهلَ على معنى المرأة ، وأصل الحرف بالسريانية اعرب •• وفي الحديث تحرم الجنة على الديوث ، هو الذي لا يغار على أهله • أهـ•

ويرتضح العامة في العراق الكنة الاعجمية في نطق كلمة ديوث فيقلبون الثاء سينا • وقد خلط السمنانى بين الدياثة والتدييث فاستعمل الاولى بمعنى الثانية •

(١) فى نسخة قليج : ويبيحه •

(٢) لقمان ٣١ •

(٣) جاء في لسان العرب في مادة يسر : الميسِر قمار العرب بالازلام ••• [و] الياسر من الميسر وهو القمار • ـ

وجاء فى مادة مزر : المزر نبيذ الشعير والحنطة والحبوب ، وقيل نبيذ الذرة خاصة ، غيره : المزر ضرب من الاشربة ••• والمزر والتمزر : التروق والشرب القليل ، وقيل الشرب بـَمـّرة ، والمِزر الاحمق والمَزْر بالفتح الحسو للنوق ، يقال تمزرت الشراب اذا شربته قليلا قليلا •

وأنشد الاموي يصف خمرا :

تكون بعد الحسو والتمزر   فى فمه مثل عصير السُكر

والتمزر شرب الشراب قليلا قليلا بالراء ومثله التمزز وهو أقل من التمزر

ويكره القضيب الذى يزيد الغناء طربا ولا يطرب اذا انفرد لانه تابع للغناء فكان حكمه حكم الغناء •

رد الشهادة بالإكثار من الصغائر

١١٤٦ ـ وترد الشهادة بما يكثر من الصغائر كما ترد بالكبائر اذا انفردت، فاما اذا تلت الصغائر وندرت فلا ترد بها الشهادة لانه تعالى قال :
ـ ان تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه تكفر عنكم سيئاتكم[1] •
ولان احدا من الخلق لا يخلو من الصغائر أو الهم بها •

الحداء

١١٤٧ ـ وقال الجميع ان الحداء مباح لا يكره لما روى عن ابن مسعود (ر) قال : كان مع رسول الله (ص) ليلة نام بالوادى حاديان •

وجاء في مادة كوب : الكوبة الشطرنجة والكوبة الطبل والنرد ، وفى الصحاح الطبل الصغير المُخَصَّر ، وقال أبو عبيد : أما الكوبة فان محمد بن كثير اخبرني ان الكوبة النرد في كلام أهل اليمن ، وقال غيره : الكوبة الطبل وفي الحديث ان الله حرم الخمر والكوبة ، قال ابن الاثير هى النرد ، وقيل الطبل وقيل البربط ومنه حديث على : « أمرنا بكسر الكوبة والكنارة والشياع •

وفي اللسان في مادة فنن :

القنّين : طنبور الحبشة عن الزجاجي ، وفي الحديث « ان الله حرم الخمر والكوبة والقنين » • قال ابن قتيبة : القنين لعبة للروم يتقامرون بها ، قال الازهرى ويروى عن ابن الاعرابي قال التقنين الضرب بالقنين وهو الطنبور بالحبشية ، والكوبة الطبل ويقال النرد ، قال الازهرى وهذا هو الصحيح ، وورد في حديث علي عليه السلام «نهينا عن الكوبة والغبيراء والقنين» قال ابن الاعرابي الكوبة الطبل والغبيراء خمرة تعمل من الغبيراء والقنين طنبور الحبشة •

وجاء فى صدد البربط : البربط العود اعجمي ليس من ملاهي العرب ، فاعربته حين سمعت به ، التهذيب : البربط من ملاهى العجم شبه بصدر البط والصدر بالفارسية (بَرْ) فقيل بَرْبَط ••• قال ابن الاثير اصله بَرْبت فان الضارب يضعه على صدره واسم الصدر (بر) •

(١) النساء ٤/٣ •

وروت عائشة رضى الله عنها قالت :

كنـا مـع رسول الله (ص) في سـفر ، وكان عبدالله بن رواحة[1] جيـد الحداء وكان مع الرجال • • وكان انجشة[2] مع النساء فقـال صلى الله عليه وسلم لعبدالله بن رواحة : حرك بالقوم فاندفع يرتجز فتبعه انجشة فاعنقت الابل في السير • فقال صلى الله عليه وسلم :

يا انجشة رويدك رفقا بالقوارير •

نشيد الأعراب

١١٤٨ ـ ويجوز استماع نشيـــد الاعراب لما روى عمرو بن الشريد عن امه قال : اردفني رسول الله صلى الله عليه وسلم وراءه ثم قال : امعك من شعر أمية بن أبي الصلت شيء[3] ؟

قلت : نعم ، فانشدته بيتا ، فقال : هيه فانشـــدته بيتا آخر فقال هيه : حتى انشـدته مائة بيت.

---

(١) كذا وفي اسد الغابة ان البراء بن مالك اخا أنس بن مالك كان حسن الصوت يحدو بالنبي (ص) في أسفاره ، فكان هو حادى الرجال وانجشة حادى النساء (أسد الغابة ١/١٧٣) •

(٢) جاء في اسد الغابة (١/١٢١) انجشه العبد الاســـود وكان حسن الصوت بالحداء فحدا بأزواج النبي (ص) في حجة الوداع فاسرعت الابل فقـــال النبي (ص) يا انجشة رويدك رفقا بالقوارير •

(٣) من شعراء حماسة أبي تمام واسمه عبدالله بن ربيعة بن عوف بن أمية وهو من ثقيف ادرك الجاهلية والاسلام ، وصح انه عاش حتى رثى أهل بدر ، قال الاصمعي ذهب أمية في شعره بعامة ما يكون في الاخرة وعنترة بعامة ما يكون في الحرب ، وقد صدقه النبي (ص) في بعض شعره ، وكان (ص) يحب ان يسمع من شعره ، وكان أمية قد قرأ الكتب القديمة واراد ان يتبع النبي (ص) ويهاجر فقدم الحجاز فلما علم بقتلى بدر من المشركين جزع عليهم فجدع أنف ناقته وشق ثوبه وبكى وذهب الى الطائف ومات بها كافرا في السنة التاسعة وقد روى له ابو تمام في حماسته مقطوعة جميلة في عتاب ابن عقه وجاء في تعليق التبريزى عليهـــا انها تروى لابن عبدالاعلى وقيل هى لابي العباس الاعمى (الحماسة ١/٣١٤) وأول هذه المقطوعة :

تحسين الصوت بالقرآن

١١٤٩ ـ قال الشافعي : ويستحب تحسين الصوت بالقرآن ، واما اذا قرأ بالالحان فقال اصحابنا انه قال في موضع يكره وقال في موضع آخر لا اكره هذا

١١٥٠ ـ قالوا : وليس ذلك اختلاف موضعين وانما هو اختلاف حالين ، فالذى قال يكره اذا تجاوز الحد ، ولا يعلم بين اصحابنا خلاف يخالف هـذه الجملة والتفصيل ، ولعل ذلك وفاق •

١١٥١ ـ وقد روى عن ابى موسى الاشعرى انه كان يطرب بالقرآن وان النبي صلى الله عليه وسلم كان سمعه وهو لا يعلم فلما علم به قال :

يا رسول الله لو علمت لحبرته تحبيرا[١] •

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

ـ ما أذن الله بشيء مثل ما اذن لنبي ان يترنم بالقرآن •

وقال صلى الله عليه وسلم :

ـ ليس منا معاشر الانبياء من لم يغرد ؟ بالقرآن •

وذكر أبو عبيد في الغريب له ؟ قال معناه الاستغناء ؟ بالقرآن •

وقال الشافعي :

ـ لو كان المراد به الاستغناء ؟ لكان قال من لم يتغن بالقرآن ، وحمل الخبر على تحسين الصوت ، وهو الظاهر من الخبر ولان قراءته بالحان يوجب الاصغاء اليه وفراغ القلب نحوه ، وهذا أمر معلوم •

قول الشعر

١١٥٢ ـ ويجوز قول الشعر وحمله ، وقد كان للنبي صلى الله عليه شعراء

غذوتك مولودا وعلتك يافعا تعل بما ادنى اليك وتنهل

وقد ترجم بروكلمان لامية بن ابي الصلت في كتابه تاريخ الادب العربى ترجمة عبدالحليم النجار ، ص ١١٣ ـ ١١٤) فذكر ان أكثر ما روى من شعره منحول عليه وفند قول القائلين بان شعره من كان مصادر القرآن •

(١) تحبير الخط والشعر وغيرهما تحسينه (القاموس المحيط) •

منهم كعب بن مالك وعبدالله بن رواحة وحسان بن ثابت ، وقال الشعر علي بن ابى طالب حتى روى عنه ، وكان في التابعين والصحابة العدد الكثير (من الشعراء) وكان معاوية ابن ابى سفيان يقوله ثم تركه ، وقد وفدت الشعراء على النبي صلى الله عليه وسلم ومدحوه فمدحه كعب بن زهير بقصيدة :

بانت سعاد فقلبي اليوم متبول   متيم اثرها لم يجز مكبول

فوهبه (؟) بردته فباعها لمعاوية بعشرة الاف درهم ، وهى التى مع الخلفاء الى اليوم من بنى العباس (ر) .

١١٥٣ ـ وهو كالكلام مباحه كمباحة ومحظوره كمحظوره وقبيحه كقبيحه .

١١٥٤ ـ وقد روى عن عبدالله بن عمرو بن العاص عن النبي (ص) انه قال : « الشعر بمنزلة الكلام حسنه كحسن الكلام وقبيحه كقبيح الكلام » .

فما ترد به الشهادة من الكلام يرد به من الشعر ، وما لا ترد به الشهادة من الكلام فالشعر مثله ، لانه كلام على صفة مخصوصة .

فسق شاهد الزور

قال اصحابنا :

١١٥٥ ـ ومن شهد بالزور فقد فسق وردت شهادته ، فقد روى خريم بن

---

(١) هو كعب بن زهير بن ابى سلمى المزنى صحابى وشاعر من فحول المخضرمين ، وقد كان وابوه من نوابغ شعراء مزينة احدى قبائل مضر ، وقد طبع شرح ديوان كعب من زهير للامام السكرى (ابو سعيد الحسن بن الحسين بن عبيدالله) فى مطبعة دار الكتب المصرية . واشتهر كعب بن زهير بقصيدة « بانت سعاد » التى استعطف بها الرسول ومدحه والمهاجرين فعفى عما اقترفه قبل ذلك من جرائر ، وفى هذه القصيدة يقول :

انبئت ان رسول الله اوعدني   والعفو عند رسول الله مأمول

ويقول :

ان الرسول لسيف يستضاء به   مهند من سيوف الله مسلول
في عصبة من قريش قال قائلهم   ببطن مكة لما اسلموا زولوا
زالوا فما زال انكاس ولا كشف   عند اللقاء ولا ميل معازيل
شم العرانين ابطال ، لبوسهم   من نسج داود ، في الهيجا سرابيل

فاتك[1] قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلوة الصبح فلما انصرف قام قائما ثم قال عدلت شهادة الزور الاشراك بالله ثلاث مرات ، ثم تلا قوله تعالى :

ـ فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور •

١١٥٦ ـ وقد تقدم ما رواه أبو حنيفة عن محارب بن دثار فيما تقدم من هذا الباب في الفصل الذي قلنا انه يفرق الشهود مع التهمة •

١١٥٧ ـ ويعلم انه شاهد زور بثلاثة اشياء :

احدها ان يقر على نفسه انه شهد بالزور •

والثاني ان تقوم عليه بذلك بينة •

والثالث ان يشهد بما تكذبه العقول وشاهد الحال •

١١٥٨ ـ فان أقر على نفسه لم يبطل ما شهد به قبل هذا القول ، وكذلك اذا قامت عليه بينة بعد القضاء لان هذا تهاتر •

---

(١) خريم بن فاتك بن الاخرم ، وقيل خريم بن الاخرم بن شداد بن عمرو ابن الفاتك الاسدى وابو الاخرم يقال له فاتك وقيل ان فاتكا هو أبو الاخرم يكنى خريم بن فاتك ابا يحى وقيل ابا ايمن بابنه ايمن بن خريم ، شهد بدرا مع اخيه سبرة بن فاتك ، وقيل ان خريما هذا وابنه ايمن أسلما يوم فتح مكة ، والاول أصح ، وقد صحح البخاري وغيره ان خريما واخاه سبرة بن فاتك شهدا بدرا وهو الصحيح ، وعداده في الشاميين ، وقيل في الكوفيين ، نزل الرقة ، روى عنه المعرور بن سويد وشمر بن عطية والربيع بن عميلة وحبيب بن النعمان الاسدى

روى اسماعيل بن ابى خالد عن الشعبي ان مروان بن الحكم قال : لايمن ابن خريم ليقاتل معه يوم مرج راهط ، فقال ان ابى وعمى شهدا بدرا ونهياني ان اقاتل مسلما •••

وروى اسرائيل عن ابى اسحق عن شمر بن عطية عن خريم بن فاتك انه قال: قال رسول الله (ص) : أي رجل انت لولا خلقان فيك !

قلت : وما هما ؟

قال تسبل ازارك ، وترخي شعرك •

قلت : لا جرم •

فجز شعره ورفع ازاره • (اسد الغابة ٢/١١٢) وتحيط اسلام خريم بن فاتك اسطورة فتعزوه الى صحابي من الجن ! اسمه مالك بن مالك الجني (اسد الغابة ٤/٢٩٢ ـ ٢٩٣) •

١١٥٩ ـ ولو انه شهد بحق لرجل وشهد آخر به لغيره لم يكن واحد منهما شاهد زور ، لانه ليس احدهما بان يكذب اولى من الآخر •

إشهار من ثبت تزويره

١١٦٠ ـ واذا أثبت أنه زور ، قال ابو حنيفة :
اشهر حاله ولا يضربه •

١١٦١ ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي للامام ان يعزره اذا رأى ذلك •

١١٦٢ ـ وان كان من ذوى الهيئات لم يناد عليه عند بعضهم ، وهو قول أبي علي[١] من اصحاب الشافعي •

١١٦٣ ـ وعندنا ينادى عليه ليحذره الناس •

١١٦٤ ـ وقد روى (أبو هريرة)[٢] عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :
قل ما في الفاسق ليحذره الناس •
وروى عنه انه قال :
اقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم •

شهادة الظنين والجار إلى نفسه غنماً إلخ

١١٦٥ ـ قال أصحابنا : ولا تقبل شهادة ظنين ، ولا جار الى نفسه غنما ، ولا دافع عنها غرما ، ولا شهادة الوكيل لمن وكله ، ولا الشريك عما هو شريك فيه ولا من هو وصي لليتيم ولا عليه •

١١٦٦ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

---

(١) فى المخطوطة المعتمدة : ابى علي ابى هريرة وفى نسخة قليج ومنيخ ابى علي بن بن ابى هريرة •
(٢) فى نسخة قليج وقد روى عن النبى •

- لا تقبل شهادة ظنين[1] ولا مريب .

١١٦٧ - فان عزل الوكيل وشهد بعد العزل فيما كان وكل بالخصومة فيه، فان كان قد خاصم لم تقبل شهادته أبدا .

١١٦٨ - وان كان لم يخاصم في ذلك فقد اختلف في ذلك فمنهم من يقبل شهادته وهو ابو حنيفة ومنهم من لا يقبل ذلك وهو صاحباه .

١١٦٩ - وكذلك اختلفوا في المحجور عليه لاجل الدين اذا شهد الغريم له اذا كان معسرا فمنهم من قال لا تقبل ومنهم من قال تقبل .

فصـــــل
شهادة الخصي والأقلف

١١٧٠ - وأجاز أصحابنا شهادة الخصي اذا كان الخصي عدلا في جميع الحقوق والحدود وقد قبل عمر بن الخطاب (ر) شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون .

١١٧١ - واختلف في شهادة الاقلف فقال ابن عباس :
- الاقلف لا تجوز شهادته ، ولا تقبل له صلوة ولا تؤكل له ذبيحة ، وهو قول جابر بن زيد.

١١٧٢ - وروى الخصاف ان النبي (ص) سئل عن الاقلف أيحج بيت الله؟ قال :
- لا ، حتى يختتن .

١١٧٣ - وروى شداد بن اوس ، قال ، قال رسول الله (ص) : الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة .

١١٧٤ - والختان عند أصحابنا واجب وليس بفرض[1] .

---

(١) في نسخة منيخ وكيل وتتفق نسخة قليج مع النسخة المعتمدة .
(٢) يفرق الحنفية بين الواجب والفرض كما هو معروف في كتب اصول الفقه.

١١٧٥ ـ وقول الشافعي هو فرض ، وقول مالك فرض في الرجل سنة في المرأة •

١١٧٦ ـ وقد روى عن الحسن في الشيخ يسلم ، قال : لا عليه ان لا يختتن ، ولا يضره ذلك في شهادته ولا في امامته •

١١٧٧ ـ وقال أصحابنا ان كان يخاف الضرر على نفسه فلا شيء عليه بعد ذلك •

فصل

شهادة ولد الزنا

١١٧٨ ـ واختلف في شهادة ولد الزنا فقال أصحابنا :

ـ شهادته في كل شيء جائزة ، وفي الحدود اذا كان عدلا ، وهو قول الشافعي وعطاء •

١١٧٩ ـ وقال مالك ويحيى بن سعيد : شهادته مقبولة في كل شيء الا في الزنا خاصة •

١١٨٠ ـ وقد روى عن عمر بن عبدالعزيز رحمه الله أن رجلا شهد عنده على رجل شهادة فقال المشهود عليه ، انه لا تقبل شهادته ، قال : لم ؟ قال : لانه لا يدرى من أبوه فقال أءتني بشاهدين سواه •

فصل

شهادة المتسمع

١١٨١ ـ واختلف في شهادة المتسمع ، وهو الذى يختبيء ولا يراه المشهود عليه فيسمع قوله ويشهد عليه ، من غير أن يشهده على نفسه •

فقال أصحابنا يجوز ذلك ولا تحتاج الشهادة الى أن يحملهم المقر[1] •

١١٨٢ ـ وقال مالك : لا تجوز حتى يشهد الشهود ويقول لهم اشهدوا، وان كان الشاهد لا يرى الخصم لم يشهد عليه لانه لا يعلم انه عين المقر •

---

(١) انظر عيون المسائل للسمرقندى تحقيق صلاح الدين الناهي بند ١٠٨٢ •

١١٨٣ ـ وفرق مالك بين الطلاق والعتاق فاجاز ذلك في الطلاق والعتاق وان لم يشهدهم اذا سمع الشاهد ذلك •

١١٨٤ ـ وقال ابراهيم والشعبي : لا تجوز شهادة المختبىء •

١١٨٥ ـ وقال أصحابنا :

ـ اذا قال الجماعة أو المتعاقدان للشاهد :

ـ لا تشهد علينا بما نقول كان له أن يشهد ، وفيه خلاف متقدم ، وهو قول مالك •

شهادة رجلين على جرحه أخا لهما إلخ

١١٨٦ ـ ولو شهد رجلان على رجل انه جرح أخاهما وهما وارثاه قبل الاندمال لم يقبل ، لانه قد يسرى الى نفسه ، وتجب الدية لهما •

١١٨٧ ـ وان شهدا له بمال وهو مريض فمنهم من قال : لا تقبل الشهادة لانهما متهمان لانه قد يموت ويكون المال لهما فلم يقبل كما لو شهدا بالجراحة •

١١٨٨ ـ ومنهم من قال :

ـ تقبل لان الحق ثبت للمريض ثم ينتقل بالموت اليهما ، وفي الجناية اذا وجبت الدية وجبت لهما لانها تجب بموته فلم تقبل •

١١٨٩ ـ ولو شهدا له بالجراحة وله ابن قبلت شهادتهما لانهما غير متهمين •

١١٩٠ ـ ولو مات الابن وصار الاخوان وارثين فان مات قبل الحكم بشهادتهما بطلت الشهادة ، ولو مات بعد القضاء والحكم لم تبطل الشهادة ، يعتبر ذلك بالفسق والعمى •

شهادة من يدفع ضرراً عن نفسه

١١٩١ ـ ولو شهد الموالى على غريم المكاتب أو الوصي على غريم الميت أو الوكيل على غريم الموكل بالابراء من الدين او بفسق الشهود بالدين لم تقبل الشهادة ، لانه قد يدفع بذلك عن نفسه ضررا •

١١٩٢ ـ واختلف اصحابنا في شهادة أهل المحلة والعاقلة اذا شهدوا بالقتل على غيرهم فلم يقبل ذلك ابو حنيفة ، وقبله صاحباه •

١١٩٣ ـ وقال الشافعي : ان كانا موسرين لم تقبل شهادتهما لانهما يدفعان عن نفسهما الغرم من الدية ، وان كانا فقيرين أجزت شهادتهما •

١١٩٤ ـ وقال في موضع اخر : ان كانا من اباعد العصبات بحيث لا يصل العقل اليهما حتى يموت من قبلهما قبلت شهادتهما •

١١٩٥ ـ ومن أصحابه من جعل المسئلة على قولين ونقل جواب احدى المسئلتين الى الاخرى ، ومنهم من جعل كل مسئلة على وصفها وقال : تقبل شهادة الاباعد ، ولا تقبل شهادة الاقرب الفقير لانه معدود في العاقلة ، واليسار يعتبر عند الحول •

شهادة الوالد والولد

١١٩٦ ـ وتقبل شهادة الوالد على ولده ، والولد على والده في سائر الحقوق •

١١٩٧ ـ ومن أصحاب الشافعي من قال : لا تقبل شهادة الولد على والده في ايجاب القصاص وحد القذف لانه لا يلزمه القصاص بقتله ، ولا حد القذف بقذفه فلا يلزمه ذلك •

١١٩٨ ـ نقول : والمذهب ما نقول لانه غير متهم •

١١٩٩ ـ واختلف فيمن شهدا على رجل انه قذف ضرة أمهما: فقال الشافعي في القديم : لا تقبل لانهما يجران الى أمهما نفعا لانه يجب عليه بقذفها الحد فيحتاج الى اللعان فيفرق بينه وبين ضرة الام •

١٢٠٠ ـ وقال في الجديد تقبل وهو قولنا لان حق أمهما لا يزيد بمفارقة الضرة •

١٢٠١ ـ وكذلك اختلفوا في طلاق الضرة على هذا الخلاف سواء •

فصل

شهادة العدو

١٢٠٢ ـ وقبل أصحابنا شهادة العدو على عدوه •

١٢٠٣ ـ وقال الشافعى لا تقبل لان العداوة تمنع العدالة ونحن نقبل شهادة المسلم على الذمى وهما اشد عداوة •

١٢٠٤ ـ وقال الشافعي : العدو متهم في الشهادة •

فصـــــل

شهد لمن لا تجوز له الشهادة ولمن تجوز

١٢٠٥ ـ واذا شهد لمن لا تجوز الشـهادة له ولمن تجوز له الشـهادة ، فاتفق أصحابنا انه تبطل الشهادة فى حق من لا تجوز له الشهادة ، واختلف فى حق الاخر ، فمنهم من قال تبطل ايضا في حقه لان الشهادة اذا ابطـل بعضـها بطل جميعها ، ومنهم من قال لا تبطل فى حق الاخر لانه يجوز أن يبتـدىء بالشهادة فى حقه •

فصـــــل

شهادة التائب

١٢٠٦ ـ ومن فسق بنوع من أنواع الفسق وتاب من الذنب وأصلح قبلت شهادته كالسارق وشارب الخمر والزانى •

٢٠٧ ـ وقد روى الحسـن ان رجلا من قريش سـرق بعيرا عـلى عهد رسول الله فقطع يده ثم كان يشهد بعد ذلك فيجيز شهادته •

١٢٠٨ ـ وروى عن ابي خيرة ، انه قطـع يـده علي بن ابي طالب عليه السلام من المفصل ، وانه شهد عند المغيرة بن عبدالله فقال له :

ـ من قطعك ؟

فقـال :

ـ علي بن أبى طالب •

قـال :

ـ ما أراه الا ظلمك !

قـــال :

ـ والله ما ظلمني •

فأجاز شـهادته •

١٢٠٩ ـ وهو قول شريح وعطاء والشافعي ومالك ، ولا نعلم فيه خلافاً بين الفقهاء المعروفين •

شهادة المحدود في القذف

١٢١٠ ـ واختلف في المحدود في القذف اذا تاب ، فقال أصحابنا جميعـــا ان شهادته لا تقبل وتوبته فيما بين الله وبينه •

١٢١١ ـ وروى عن النبي انه قال :

« المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في القذف » وهو المروى في كتاب عمر بن الخطاب الى ابى موسى ، وهو قول الحسن وشريح وابراهيم وابن عباس •

١٢١٢ ـ وقال عطاء وطاووس ومجاهـد وعكرمة ومسروق والشـــعبي وعبدالله بن عبيد والزهري والعوام بن حوشب وسليمان بن يسار ويزيـد بـن عبدالله بن قسيط ويحيى بن سعيد[١] وربيعـــة رضى الله عنهـــم قالوا اذا تاب قبلت شهادته وهو قول مالك بن انس والشافعي في اخرين •

فصـــــل

في كيفية التوبة من القاذف

١٢١٣ ـ روى عن الشعبي وطاووس والضحاك أنهم قالوا :

توبته ان يكذب نفسه عند السلطان ، وهو قول الشافعي ان توبته اكذاب نفسه ، واختلف أصحابه : فقــال أبو سعيد الاصطخري : توبتــه أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود الى مثله ، وقال أبو اسحق وأبو علي بن أبي هريرة يقول : قذفي له كان باطلا ، ولا يقول كنت كاذبا •

---

(١) هو ابو سعيد يحي بن سعيد بن قيس الانصاري المتوفى سنة ١٤٣هـ ، كان قاضيا لابي جعفر (طبقات الفقهاء للشيرازي ، ص ٣٩) •

١٢١٤ ـ قال علي بن موسى القمي[١] من أصحابنا في أحكام القرآن الصغير : لا سبيل لنا الى تصحيح توبة القاذف لانه ان قال كذبت فقد علمنا ذلك وحكمنا به ، ولكذبه حددناه ، وقد قال تعالى : فأولئك عند الله هم الكاذبون[٢] ، وان كان صادقا فيما قال فلا يجوز أن يشهد على نفسه بالكذب ، وان قال كنت صادقا فهذا نكران للقذف هذا معنى كلامه ٠

١٢١٥ ـ وقال أصحابنا في قوله تعالى : وأولئك هم الفاسقون خبر ، وقوله الا الذين تابوا فرجع الى أقرب المذكورين وهو الخبر دون ما تقدم لاختلاف الجمل المتقدمة[٣] ٠

١٢١٦ ـ ولا خلاف انه يحد مع توبته فلو كانت التوبة ترجع الى ما تقدم لسقط الحد ٠

فصل

التوبة من المعصية

١٢١٧ ـ والتوبة من المعصية ان يعزم على ان لا يفعل مثلها في المستقبل ، ويستغفر الله عما مضى ويندم على ما فعل هذا اذا لم يتعلق بها حق آدمي ٠

١٢١٨ ـ فان تعلق بها حق آدمي فالتوبة ان يؤدي ذلك الحق الى مالكه أو يسئله حتى يبرئه ٠

١٢١٩ ـ وقد روى ابراهيم النخعي ان عمر رضى الله عنه رأى رجلا يصلي مع النساء فضربه بالدرة فقال الرجل :

---

(١) جاء في الجواهر المضيفة (ج١ ص ٣٨٠) علي بن موسى بن يزداد ، وقيل يزيد القمي ، صاحب أحكام القرآن ، أمام الحنفية في عصره ، سمع من حميد الرازي وغيره ، وروى عنه أبو الفضل أحمد بن أحمد الكاغدي وغيره ٠ وتوفي سنة خمس وثلاث مائة ، كذا ذكره السمعاني ٠

قال أبو اسحق في الطبقات : وله كتب في الرد على أصحاب الشافعي » ٠

(٢) النور ٢٤ ٠

(٣) جاء في أدب القاضي للماوردي (١/٦٣٤ ـ ٦٣٥) ان التوبة عند ابي حنيفة ترجع الى الفسق وحده لانه أقرب مذكور ، وعند الشافعي ترجع الى الفسق وقبول الشهادة اعتبارا بالعموم ٠

ـ والله لئن احسنت فقد ظلمتني • وان كنت اسأت فما علمنني فقال عمر (ر) :

ـ اقتص

فقال :

ـ لا اقتص

قال :

فاعف عني

فقال :

لا اعفو عنك فافترقا على ذلك ، ثم لقيه من الغد ، فتغير لون عمر ، فقال له الرجل :

ـ يا أمير المؤمنين (أرى)[1] ما كان مني اسرع فيك !

قال :

ـ اجل

قال :

ـ فاشهد اني قد عفوت عنك •

١٢٢٠ ـ وان لم يقدر على صاحب الحق نوى انه ان لقيه اوفاه حقه •

فصـــــل

تعلق حد الله

١٢٢١ ـ واذا تعلق بالمعصية حد الله تعالى كحد الزنا والشرب ، فان لم يظهر ذلك فالاولى ان يستره على نفسه لما روى عن النبي (ص) انه قال : « من أتى من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى ، فانه من ابدا لنا صفحته اقمنا عليه حد الله »•

١٢٢٢ ـ فان اظهره لم يأثم لان ماعزاً والغامدية اعترفا عند رسول الله (ص) بالزنا فرجمهما ولم ينكر عليهما •

فصـــــل

التوبة المعتبرة

١٢٢٣ والتوبة التي ترد التائب الى حال الشهادة من الزنا والسرقة والشرب

---

(١) الزيادة من نسخة قليج •

فحكم عليه[1] ثم تاب اذا صلح عمله وفارق طريقته المذمومة لقوله تعالى : « الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا[2] »

١٢٢٤ ـ واختلف اصحابنا في مقدار المدة بعد التوبة فمنهم من قال سنة كاملة لأنها تجمع الفصول الاربعة التي تتغير فيها الطباع ، ومنهم من لم يقدر ذلك (وردها)[3] الى اجتهاد الحاكم •

١٢٢٥ ـ والتوبة من الردة اظهار الشهادتين والرجوع الى ملازمة الدين والقيام بفروضه وفعل نوافله وسننه مع الامكان •

فصل

التوبة على من يُحد

١٢٢٦ ـ واختلف أصحاب الشافعي فيمن شهد ولم تقبل شهادته بالقذف هل يحد أم لا ؟ وبنوا التوبة على القول بوجوب الحد ، فقالوا ان قلنا يحد تجب عليه التوبة ، وان قلنا لا يحد فلا توبة عليه •

فصل

شهادة المولى لمكاتبه إلخ

١٢٢٧ ـ واذا شهد المولى لمكاتبه بمال فردت شهادته ثم أدى المكاتب المال وعتق واعاد المولى له الشهادة بالمال لم تقبل الشهادة لأنها ردت لأجل التهمة •

١٢٢٨ ـ وكذلك اذا شهد العبد والكافر فردت شهادتهما لأجل التهمة لم تقبل اذا اعادا ، وان كانت لأجل الكفر والرق قبلت •

١٢٢٩ ـ وقال ابو العباس من أصحاب الشافعي تقبل شهادة المولى اذا اعاد الشهادة ، قال لان المعنى قد زال بالعتق • ورد عليه اصحابه وقالوا مثل قولنا ، لانه رد للتهمة فهو كالفاسق •

---

(١) في نسخة قليج : فانا نحكم له •

(٢) آل عمران ٣ •

(٣) الزيادة من نسخة قليج •

فصـــــل

الشهادة المتبادلة

١٢٣٠ ـ قال اصحابنا : ومن ترك مالا وورثة فشهد رجلان لرجلين على الميت بدين وشهد المشهود لهما للشاهدين بمثل ذلك فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة وابي يوسف وابن ابي ليلى لأنهم يشتركون في التركة(١) •

١٢٣١ ـ وقال ابو حنيفة في الجامع الصغير ان الشهادة جائزة •

١٢٣٢ ـ وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انهم ان جاءوا جميعا فالشهادة باطلة وان جاءوا مفترقين فشهد الاولان لمن ادعى ثم عادا وادعيا وشهد الاخران فشهادتها جميعا جائزة •

١٢٣٣ ـ وقد ضعف أصحابنا ذلك لأنه يوجب مقاسمة الاولين ما أخذاه اذا لم يترك غير ما أخذاه(٢) •

١٢٣٤ ـ ولو شهد أحد الفريقين بدين على الميت وشهد أؤلئك لمن شهدا بأرض أو عرض في يد الميت فالشهادة جائزة •

الشهادة على ما يوجب الشركة في تركة الميت

١٢٣٥ ـ وكل شهادة لا توجب الشركة في تركة الميت فهي جائزة ، وما توجب الاشتراك فهي باطلة •

١٢٣٦ ـ ولو كانت هذه الشهادة على حق وهو يجحد جازت شهادة الفريقين في جميع الاحوال •

فصـــــل

تبادل الشهادة بالوصية

١٢٣٧ ـ ولو شهدا بالوصية لهما وشهد الآخران بمثل ذلك فهي كالشهادة بالدين على الخلاف من الصحة والبطلان •

---

(١) أى ان الرد ههنا للتهمة أيضا عملا بقاعدة رد الشهادة بالتهمة •

(٢) اى عملا بقواعد الدين المشترك •

فصـــــل

الشهادة على طلاق الأمة

١٢٣٨ ـ واذا شهد المولیان ان الزوج طلق الأمة، وهي تدعي ذلك، لم تجز في قولهم جميعا ، وان لم تدع جازت شهادتهما في قول ابي يوسف ولا تجوز في قول محمد ، ولا رواية عن ابي حنيفة تعرف في ذلك •

١٢٣٩ ـ ولو شهد رجلان لرجل انه ابن الميت ثم شهد الابن ورجل للشاهدين بدين على الميت الف درهم فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند غيرهما تجوز • والله أعلم •

فصـــــل

شهادة الأعمى والأخرس

١٢٤٠ ـ قد ذكرنا ان العمى يمنع قبول الشهادة اذا طرىء قبل الحلم خلافا لابي يوسف والشافعي ، وان زال العمى فشهد جازت الشهادة وهو كالخرس اذا زال ، والعقل اذا رجع ، وقبل الشافعي شهادته فيما تقبل فيه الاستفاضة من غير تفصيل ، اذا ضبط ولم يجره على القتل والافعال ولا على العقود التى تثبت بالصوت•

١٢٤١ ـ وقد ذكرنا فيما تقدم من هذه الاشياء ما يمنع مجتمعا ومفترقا •

١٢٤٢ ـ وسنذكر ما ترد فيه الشهادة من حيث الحكم والاختلاف والتعارض بين الدعاوى[1] من الكتب والحوادث ان شاء الله •

١٢٤٣ ـ واذ قد ذكرنا حكم الشهادة في الابواب المتقدمة فلنذكر حكم الشهادة على الشهادة •

باب الشهادة على الشهادة

دليل جوازها

وهذا باب يذكر فيه حكم الشهادة على الشهادة وما قيل في ذلك :

١٢٤٤ ـ اعلم انه لا آية من كتاب الله ولا سنة ثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا وصلت الينا في جواز الشهادة على الشهادة ، والفقهاء قد عملوا

(١) فى نسخة قليج : والتعارض فى موضع الدعاوى •

بذلك وذكروه في الكتب ، ولعله قد كان فيه سنة فاكتفوا فيه بالعلم أو قاسوا ذلك ذلك على الاخبار في الدين ووجوب العمل بها •

الشهادة على شهادة الميت

١٢٤٥ - وقد روى الخصاف في أدب القضاء عن علي بن ابي طالب عليه السلام [انه] قال :- لا نقبل على شهادة الميت دون رجلين •

١٢٤٦ - وقد روى عن الشعبي [انه] قال :

لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين •

١٢٤٧ - واذا شهد النفر على شهادة رجل واحد فهو واحد والاثنان على الاثنين فرجل واحد •

١٢٤٨ - وان شريحا كان اذا شهد عنده رجل على شهادة رجل قال :

- قل اشهدني ذوو عدل •

١٢٤٩ - فهذا ما روى في الباب ويكفي ان يكون فيه أمير المؤمنين علي (ر) قائلا به : وهو فقيه الصحابة ، وهو قول اصحابنا جميعا وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم ، والحاجة اليه داعية اذا غاب الشهود او ماتوا فينبغي ان يكون ذلك جائزا •

١٢٥٠ - واذ قد ذكرنا جواز ذلك في الشرع فلنذكر موضع قبول ذلك •

باب الموضع الذي تقبل فيه الشهادة على الشهادة

وهذا باب الموضع الذى يقبل فيه ذلك :

١٢٥١ - اجمع اصحابنا جميعا انها مقبولة فى كل حق يثبت في المال ، وما لا يسقط بالشبهة من الحقوق •

١٢٥١ - فأما الحدود والقصاص فلا يقبل ذلك فيه عندنا •

١٢٥٢ - وقال الشافعي تقبل في الاموال وحقوق الادميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى •

١٢٥٣ ـ فاما الحدود كحد الربا والسرقة وقطع الطريق وشرب الخمــر ففيهما قولان :

أحدهما يجوز لأنه يثبت بالشهادة فجاز ان يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الآدميين .

والثاني لا يجوز لان المقصود بالشهادة التوثق للحق ، وحقوق الله تعالى مبنيّة على الدرء والاسقاط وهذا ليس هو الوجه ، ولكن الوجه عندنا ان الحدود لا يجوز ان تستوفى الا بنص أو اتفاق ، ولا نص ولا اتفاق في ذلك فلا يجوز ان يفعله ولا قياس ذلك على الأموال لان الأموال يجوز دخول البدل والاباحة فيها ويثبت حكم ذلك لها ، وفي الحدود والقصاص لا يجوز ، لان الرجل لو ادعى عليه قتلا فقال : ما قتلت ولكن يقتلني[1] فقد وهبت نفسي له لم يجز له القتل ، وفي المال يجوز اذا وهب ،وقال لا شيء له عليّ وقد وهبت له .

١٢٥٤ ـ وعلى المذهبين ان كل ما يجوز ان يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب القاضي الى القاضي لانه يحتاج الى تحمل الشهود الكتاب المكتتب فهو كشهود الاصل يحتاج الى تحمل .

١٢٥٥ ـ واذ قد ذكرنا موضع القبول فلنذكر عدد الشهود .

باب عدد شهود الفرع

في موضع قبولها

١٢٥٦ ـ قال أصحابنا : لا يجوز في ذلك أقل من اثنين على الواحد لانه نقل لقوله الى الحاكم ، فهو كنقل الاقرار .

١٢٥٧ ـ فان شهد اثنان على شهادة كل واحد من الشاهدين جاز ذلك عندنا .

١٢٥٨ ـ ويجوز في هلال رمضان الواحد على الواحد في الغيم والاثنين على الاثنين في شهادة شوال وسائر الشهور ، والعبد على العبد والمرأة على المرأة ، فما يثبت في الاصل يثبت بمثله اذ شهد به شاهد الفرع .

---

(١) الصواب ليقتلني .

١٢٥٩ ـ ويعتبر في الواحد الفرد في رمضان وباقي الشهود لا يجوز بالواحد، بل يعتبر كما يثبت بالشهود اثنان أو رجل وامرأتان •

١٢٦٠ ـ وقال الشافعي ، في احد قوليه لا يجوز حتى يكون على شهادة كل واحد اثنان ، والقول الاخر كقولنا •

١٢٦١ ـ ويجوز عندنا بشهادة رجل وامراتين كما يجوز في الحق المشهود به •

١٢٦٢ ـ وقال الشافعي لا تجوز الا برجلين •

١٢٦٣ ـ وقال لو كان شهود الاصل رجلا وامرأتين قبل في أحد القولين شهادة اثنين على شهادة كل واحد منهم • ولا يقبل في القول الاخر الا ستة يشهد كل اثنين على شهادة كل واحد منهم •

١٢٦٤ ـ وان كان شهود الاصل اربع نسوة في الولادة والرضاع قبل في أحد القولين شهادة رجلين على كل واحدة منهن ، ولا يقبل في الآخر الا شهادة ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة [كل] واحدة منهن •

فصـــــل

(الشهود على شهود الأصل إن كانوا أربعة)

١٢٦٥ ـ وان كان شهود الأصل أربعة من الرجال وهو حد الزنا ، وقال انه تقبل فيه الشهادة على الشهادة ، فان قلنا تقبل من شاهدين على شاهدى الأصل في غير الزنا ففي حد الزنا قولان احدهما انه يكفي شاهدان في اثبات شهادة الاربعة ، كما يكفي في اثبات شهادة اثنين ، والثاني انه يحتاج الى أربعة لان فيما يثبت باثنين يحتاج في شهادة كل واحد منهما الى العدد الذى يثبت به أصل الحق وهو اثنان ، وأصل الحق ههنا لا يثبت بدون الاربعة فلم تثبت شهادتهم الا بأربعة •

١٢٦٦ ـ قالوا : وان قلنا فيما يثبت بشاهدين لا يقبل الا أربعة ففي حد الزنا قولان احدهما انه يحتاج الى ثمانية لتثبت شهادة كل شاهد بشهادة واحد •

والثاني انه يحتاج الى ستة عشر رجلا لان شهادة كل واحد لا تثبت الا بما يثبت به أصل الحق وذلك أربعة ، وقد نقض هذا الاصل بانه يثبت الاصل بالرجال والنساء في المال ولا يعتبر في الفرع مثل ذلك ، ونجيزه [كذا] •

فصـــل

١٢٦٧ ـ واذا شهد عشرة على الواحد فهي شهادة واحد ، واذا شهد عشر نسوة على رجل فهي شهادة رجل [واحد] وان شهدوا على امرأة فهي شهادة واحدة ، ولو شهد اثنان على شهادة عشرة رجل جاز ذلك وحكم به الحاكم عندنا •

١٢٦٨ ـ وينبغي على قول الشافعي ان لا تثبت شهادة العشرة (الا) بعشرين في أحد قوليه •

١٢٦٩ ـ ولو شهدا على امرأة جاز ذلك ، وعلى (المدعى) ان يتم البينة •

١٢٧٠ ـ ولو شهد عشر من النساء على شهادة رجل وامرأتين أو امرأة لـم يقبل الحاكم ذلك حتى يشهد معهن رجل •

فصـــل

١٢٧١ ـ قال (الشافعي ؟) : وليس لمن سمع الشاهد يشهد غيره ان يشـهد عليه حتى يشهد شاهد الاصل ، لانه لو اخبر رجلا بان فلانا أقر لفلان بكذا لـم يكن للمخبر ان يشهد بذلك على شهادته •

١٢٧٢ ـ قال اصحاب الشافعي : ولا تصح الشهادة على الشهادة الا من ثلاثة أوجه :

احدها ان يسمع رجلا (يقول) اشهد ان لفلان على فلان كذا فيضاف الى سبب يوجبه من ثمن مبيع أو مهر لانه لا يحتمل مع ذكر السبب الا الوجوب •

والثاني : ان يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق ، لانه لا يشهد عنـد الحاكم الا بما يلزم الحكم به •

والثالث : ان يستدعيه رجل بأن يقول : اشهد ان لفلان على رجل كذا واشهد على شهادتي بذلك ، لانه لا يستدعيه (الا) على واجب ، لان الاستدعاء وثيقة والوثائق لاتكون الا على واجب ، واما اذا سمع رجلا في دكانه أو طريقه يقول : اشهد ان لفلان على فلان ألف درهم ولم يقل : أشهد على شهادتي لم يحكم بـه لانه قد يكون وعدا وعده فلم يجز تحمل الشهادة عليه •

١٢٧٣ ـ قالوا : وان سمع رجلا يقول : لفلان على ألف درهم فهل يجوز أن يشهد عليه بذلك ؟

فهو وجهان :
احدهما انه لا يجوز ان يشهد عليه ، كما لا يجوز ان يتحمل الشهادة عليه •
والثاني ، قالوا وهو المنصوص انه يجوز أن يشهد عليه •
والفرق بينه وبين التحمل ان المقر يوجب الحق على نفسه فجاز من غير استدعاء والشاهد يوجب الحق على غيره فاعتبر فيه الاستدعاء ، ولان الشهادة آكد ؟

فصـــــل

كيفية شهادة شاهدي الفرع

١٢٧٤ ـ فاما اصحابنا فقالوا :

يسأل القاضي شاهدى الفرع كيف يشهدان فإن قالا: نشهد ان فلان بن فلان اشهدنا على شهادته انه يشهد ان فلان بن فلان أقر عندنا واشهدنا على نفسه ان لفلان هذا عليه الفا ، وقال لنا اشهدا على شهادتي : اني اشهد ان فلانا أقر على أن لفلان الفا فهذه شهادة صحيحة والحكم بها واجب •

١٢٧٥ ـ وان قالا : انه قال لنا : اشهدا انى اشهد على اقرار فلان لفلان بكذا وكذا فان ابا حنيفة قال : لا اقبل ذلك ، وقال ابو يوسف فى الاملاء هو جائز •

١٢٧٦ ـ وقال : لو قال اني اشهد لفلان على فلان بالف درهم اقر بها فاشهد بذلك فشهد على شهادته فهو جائز •

١٢٧٧ ـ وقال ابو حنيفة : لا يجوز حتى يقول : اشهد على شهادتي •

فصـــــل

السؤال عن عدالة شاهد الأصل

١٢٧٨ ـ واذا شهدا على شهادة غيرهما سألهما عن عدالة الذى شهدا على شهادته فان قالا هو عدل ، او كان يعرف عدالتهما او اخبراه بعدالتهما لم يسأل •

١٢٧٩ ـ وان قالا لا نجيزهما لم يقبل شهادتهما على شهادتهما •

١٢٨٠ ـ فان قال الطالب : انا آتيك بمن يعدل لم يقبل ذلك ولا يحكم بهذه الشهادة لأنهما لم يعدلاهما فلم يصدقا ، وذلك طعن فيهما •

١٢٨٠ ـ وهذا قول محمد

١٢٨١ ـ وقال ابو يوسف : اقبل ذلك وأسأل عنهما •

١٢٨٢ ـ ويجب ان يذكر المقر والمقر له ويعرفانهما بابلغ ما يعرف به كل واحد منهما •

١٢٨٣ ـ وقال أصحاب الشافعي عنه :

ـ وان قالا نشهد على شهادة عدلين ، لم يحكم لانه يجوز ان يكونوا عدولا عندهم غير عدول عند الحاكم ويجب ان يوردا الشهادة عـلى الصفة التي تحملاها في الوجوه التامة •

فصـــــل

شروط الحكم بشهادة الفرع

١٢٨٤ ـ ولا يجوز الحكم بشهادة شهود الفرع الا ان يكون شهود الاصل (قد ماتوا) او هم مرضى لا يقدرون على الحضور ، او يكونوا على مسافة تقصر في مثلها الصلاة عند ابي حنيفة •

وقال ابو موسى والشافعي : اذا كان بحيث لا يرجع في يومه الى منزله فهو عذر تجوز معه الشهادة ، وان كان يقدر على الرجوع الى منزله في يومه وليلته لم يجز ، لان الاصل ان قدر عليه لم يجز الحكم بالبدل الا لضرورة •

واتفق الجميع على انهما (ان حضرا) مجلس الحكم قبل الشهادة او بعـــد الشهادة قبل الحكم انه لا يحكم (بشهادة الفرع) وانما يحكم بالاصل •

وكذلك ، لو رجع شهود الاصل قبل الحكم وقبل السماع بطلت شهادة شهود الفرع •

فصـــــل

الشهادة على شهادة الأب وقضائه

١٢٨٥ ـ قال اصحابنا

(ان) شهد رجلان على شهادة ابيهما بحق لرجل على آخر جاز ذلك ، ولو شهدا على قضية ابيهما انه قضى لرجل على رجل بحق من الحقوق وقد كان أبوهما

قاضيا لم يجز ذلك ، لان القضية فعل ابيهما فلا يجوز ذلك [وقد ذكر هـــذه] المسئلة الخصاف •

تسمية شهود الأصل

١٢٨٦ ـ ولابد في الشهادة من تسمية شهود الاصل وهو ان يقولوا : نحن نعرفهما ولكن لا نعرف اسميهما •

وفي الاخبار يقبل ذلك ولا يجب عندنا ذكر اسم الراوى ، وهـو خلاف في الخبر •

١٢٨٧ ـ واذ قد ذكرنا حكم الشهادة على الشهادة وشهادة الرجـــل ، وكان الحكم يقع بغير الشهادة وبحكم الحاكم بذلك وهو النكول وما يتبعه من الايمـــان والعلم والاقرار وجب ذكر ذلك •

باب النكول عن الإيمان[1]

وهذا باب النكول عن الايمان اذا توجهت اليمين وعدمت البينة •

١٢٨٨ ـ كان الواجب ان نذكر هذا الباب بعد توجه اليمين على المدعى عليه وعدم البينة وانما قدمناه في الموضع لأنه طريق الى الحكم والقضاء وان القاضي يجب ان يكون عارفا بطرق القضاء قبل حضور الخصوم والدعاوى حتى اذا حضر حكم بما يجب الحكم به وحمل الامر على ما يجب ، لان علمه يجب ان يكون سابقا لمواضع الحكم وكيفية القضاء وماله ان يفعل وما عليه ان يترك ، ولهذا المعنى قدمنا الكلام على ما ذكرناه وقدمنا النكول على الايمان ، لأن اليمين يترتب على بذل الحالف والنكول سكوت عن الجواب وهو الاصل فلهذا قدمنا ذلك •

الآثار المروية في النكول

١٢٨٩ ـ اعلم ان النكول والحكم به ليس فيه نص من كتاب ولا سنة ، وانما هو أمر فعله الصحابة والتابعون رضى الله عنهم[2] •

١٢٩٠ ـ واجمع اهل العلم على ان نه حكما يتعين به القضاء ، وسنبين ذلك في بابه في كيفية القضاء •

١٢٩١ ـ والذى روى فى ذلك من الآثار عن الصحابة ومن في عصرهم من التابعين ممن لم ينقرض العصر الا وهم من أهل الاجتهاد ويُعد خلافهم معهم •

١٢٩٢ ـ ذكر الخصاف عن ابن ابي مليكه عن ابن عباس رحمه الله انه امره ان يستحلف امرأة فأبت ان تحلف فالزمها ذلك •

١٢٩٣ ـ وروى عن سالم ان ابن عمر باع غلاما بثمانمائة درهم فوجد به المشترى عيبا فخاصمه الى عثمان رضي الله عنه فقال :

---

(١) جاء في لسان العرب : نَكَل عنه ينكِل وينكُل نكولا ونكل نكَص ، يقال نكل عن العدو وعن اليمين ينكل بالضم أي جبن ونكّلته عن الشيء صرفه •

(٢) جاء في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية (ص ٧) : هل القضاء بالنكول الا رجوع الى مجرد القرينة الظاهرة لتى علمنا بها ظاهرا انه لولا صدق المدعى لدفع المدعى عليه دعواه باليمين ، فلما نكل عنها كان نكوله قرينة ظاهرة دالة على صدق المدعى فتقدمت على اصل براءة الذمة » •

ـ بعته بالبراءة
فقـال :
ـ احلف لقد بعته وما به عيب تعلمه
قال :
ـ بعته بالبراءة ، وابى ان يحلف
فرده عثمان عليه[1]
١٢٩٤ ـ وروى الحرث[2] قال :
ـ نكل رجل عند شريح عن اليمين فقضى عليه ، فقال الرجل :
ـ انا احلف
فقال :
ـ قد قضى قضائى
١٢٩٥ ـ وروى عن مغيرة وابن شبرمة انهما قالا :
ـ اشترى عبدالله غلاما لامرأة فلما ذهب الى منزلـه حم الغلام ، فجاء ليرد الغلام فخاصم الى الشعبي فقال لعبدالله
ـ بينتك على أن لك ذلك[3] ؟
قال :
ـ ليس لي بينة
فقال الرجل :
ـ احلف انه لم يبعه .
فقال الرجل :
ـ انا ارد على عبدالله
فقضى الشعبي باليمين
فقال :
ـ اما ان تحلف واما ان ارد عليك الغلام .

---

(١) هذا دليل على مدى تمسك الفقه الاسلامى بمبدأ حسن النية .
(٢) فى نسخة قليج : الحارث .
(٣) فى نسخة قليج : على انه دلس لك ذلك .

١٢٩٦ ـ فهذا ما روى فيه عن الصحابة والتابعين •

١٢٩٧ ـ وقضاء الصحابة والائمة منتشر في[1] الامة ، ولو كان ذلك لا يجوز لانكروه •

١٢٩٨ ـ وقد اجمع الفقهاء جميعا على أنه بعد النكول على قولين :

منهم من يرد اليمين فيحلف المدعى ويأخذ الحق •

ومنهم من قال يأخذ الحق ولا يمين عليه ، ولو ان للنكول حكما ليس لغيره لما جاز الحكم بيمين المدعى ، ولهذا لو حلف ابتداء لما استحق الحق •

١٢٩٩ ـ وسنذكر في باب رد اليمين ما قيل في ذلك •

١٣٠٠ ـ فاذا عرفت ان النكول هو طريق الى الحكم وجب ان نذكر الموضع الذى يقضى فيه بالنكول •

باب الموضع الذي يقضي فيه بالنكول

وهذا باب الموضع الذى يقضى فيه بالنكول وما لا يُقضى فيه ، وما قيل في ذلك•

تكييف النكول

١٣٠١ ـ اعلم ان عمدة الباب ان النكول عند ابي حنيفة رحمه الله يقوم مقام البذل فكل ما يصح بذله يجوز ان يحكم فيه بالنكول •

وكل موضع لا يصح بذله لا يحكم فيه بنكول •

١٣٠٢ ـ وقال ابو يوسف ومحمد : هو بمنزلة الاقرار ، فما يصح باقراره يجوز ان يحكم فيه بنكوله •

١٣٠٣ ـ وهو فرع على توجه اليمين عند ابي حنيفة ، فما لا يمين فيه لا يقضى فيه بالنكول •

١٣٠٤ ـ والذى لا يمين فيه عنده : الحدود وهي الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وقطع الطريق ، والنكاح والرجعة والفيء والايلاء والولاء والنسب والرق •

١٣٠٥ ـ وقال ابو يوسف وزفر : يستحلف في كل شيء الا في الحدود خاصة •

---

(١) فى نسخة قليج : معتبر •

١٣٠٦ ـ وهو قول محمد

١٣٠٧ ـ فالنكول يقضى به عند ابى حنيفة في الاموال كلها والطلاق والعتاق وما يصح بذله وكل الحقوق عنده سواء الا القود والقصاص فانه اذا ادعى القود في النفس فنكل عن اليمين فابو حنيفة يحبسه حتى يقر او يحلف ، ويقضى بالنكول فيما دون النفس •

١٣٠٨ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يقضى في النفس وفيما دونها بالاروش والديات لا بالقصاص •

١٣٠٩ ـ فأبو حنيفة لا يقضي في النفس بقصاص ولا دية ، وهما يقضيان بالدية دون القصاص ، وفي الطرف يقضي ابو حنيفة بالقصاص وهما بالديات •

١٣١٠ ـ وقال زفر : النفس وما دونها سواء ويقضي في الجميع بالنكول اذا نكل اقتص كما يقضى بالمال •

١٣١١ ـ وقال الشافعي وما لك : لا يقضى بالنكول في شيء ، ويرد اليمين فان حلف المدعى قضى له بالحق •

١٣١٢ ـ هذا في كل موضع يدعى الحق[1] ودين ويرد فيه اليمين الا في مواضع منها انهم قالوا اذا ادعى حق لميت ورثه المسلمون فانكر ذلك ونكل عن اليمين فقال الاصطخرى يقضى بالنكول لانه لا يمكن رد اليمين على المسلمين ولا على القاضي فيقضى للضرورة •

١٣١٣ ـ وقال غيره من اصحابه يحبس المدعى عليه حتى يقر او يحلف ولا يقضى بالنكول •

١٣١٤ ـ وقضى في اثبات لعان الزوج بالحد عليه ، وفي نكول المرأة بالحد والرجم ان كانت قد دخل بها •

١٣١٥ ـ وفي القسامة بنكول المدعين •

١٣١٦ ـ وفي الزكاة اذا حلف العامل انه قد فرقها فنكل •

١٣١٧ ـ وكذلك اذا رد اليمين فنكل المدعى عنها يسقط حقه ولا يجوز له بعد ذلك ان يحلف كما قلناه نحن وتفريعه في رد اليمين سنذكره في بابه ان شاء الله •

---

(١) في نسخة قليج : بحق •

١٣١٨ ــ فهذه المواضع التى يقضى فيها والتى لا يقضى فيها .

١٣١٩ ــ واذ قد ذكرنا مواضع القضاء والمواضع التي لا يقضى فيهـا وجب ذكر كيفية القضاء [بالنكول] .

باب كيفية القضاء بالنكول

وهذا باب كيفية القضاء بالنكول

صيغة القضاء بالنكول

١٣٢٠ ــ قال اصحابنا : واذا ادعى رجل حقاً على رجل وحضر عند الحاكم ولا بينة له وطلب اليمين بعد توجهها نحوه فامتنع عن اليمين فان القاضي يقول :

ــ احلف على ذلك بالله ماله ما يدعى عليك من الحق

يكرر ذلك ثلاث مرات

فان لم يحلف الزمه الحق وحكم عليه .

١٣٢١ ــ ومن اصحابنا من قال :

يقول القاضي له :

ــ اني اعرض عليك اليمين . ثلاث مرات فان حلفت والا الزمتك دعـوى خصمك بنكولك عن اليمين وامتناعك عنها ، اتحلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك ويعقد واحداً بيده ، اتحلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك ثانية ، ويعقد اثنين ، اتحلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك . ثلاثا ويعقد ثلاثا ، ثم يعلمه انه قد الزمه ما ادعاه خصمه ثم لا يقبل يمينه بعد ذلك ولا ينفعه اليمين بها . كذا قال الطحاوي في ادب القضاء الصغير له .

الحلف بعد العرض وقبل القضاء

١٣٢٢ ــ وقال الخصاف : اذا حلف بعد العرض عليه قبل القضاء جاز ذلك ولم يكن له ان يقضى عليه بالنكول .

اقتران النكول بالقضاء

١٣٢٣ ــ وهذا انما ذكرناه لأنه بعد النكول يحتاج الى القضـاء ، ولا يلزم

الحق بالنكول حتى ينضم اليه القضاء كما لا يلزم الحق بالشهود حتى ينضم الى الشهادة حكم الحاكم بها فيلزم حينئذ الحق •

١٣٢٤ ـ وقد كان ابو حنيفة يقول : النكول مرة واحدة انه اذا نكل عن اليمين وابى ان يحلف لزمته دعوى المدعى من غير ان يعرض عليه ، لما ذكره ابو موسى الضرير في مختصره •

استئناف العرض

١٣٢٥ ـ وقاله[1] الطحاوي في ادبه عن بعض اصحابنا ومن نكل عن اليمين مرة او مرتين ثم سال المدعى ان يؤخره يوما او يومين لينظر في امره ثم احضره بعد فان القاضي يستأنف العرض عليه ولا يعتمد بما مضى من العرض •

امتناع المدعي عليه عن الإقرار والإنكار

١٣٢٦ ـ قال اصحابنا واذا قال المدعى عليه لا اقر ولا انكر اودعه القاضي في حبسه حتى يقر او ينكر •

١٣٢٧ ـ وقال الشافعي يقول له القاضي :

ـ ان اجبت والا جعلتك ناكلا •

١٣٢٨ ـ ويستحب ان يقول له ذلك ثلاثا فان لم يجب جعله ناكلا وحلف المدعي وقضى له ، قال لأنه لا يخلو اذا اجاب ان يقر او ينكر ، فان اقر فقد قضى عليه بما يجب على المقر واذا أنكر فقد وصل انكاره بالنكول عن اليمين فقضينا بما يجب انكاره •

١٣٢٩ ـ وهذا التقسيم لا يصح لأنـه يحتمل ان يقر ببعض الحق وينكر البعض فلا يكون قد قضى عليه باقرار ولا انكار فما قال اصحابنا اولى •

---

(١) في نسخة قليج : وقال •

فصـــــل

دعوى المدعي عليه وجود حساب بينه وبين المدعي

١٣٣٠ ـ وان قال بيني وبينه حساب او مناظرة قال له القاضي : ذلك اليه •

١٣٣١ ـ وقال الشافعي يؤخره ثلاثة ايام لأنها مدة قريبة ، وان لم يذكـر عدداً جعله ناكلا وحول اليمين •

فصـــــل

دعوى المدعي عليه أن المدعي كان قد استحلفه

١٣٣٢ ـ فان قال قد استحلفني على هذه الدعوى ، فان كان القاضي يحفظ ذلك لم يستحلفه وان كان لا يحفظ استحلفه •

١٣٣٣ ـ وان قال : قد احلفني عند رجل من الرعية ، احلفه القاضي ، اذا سأل ، ولم يمنع من ذلك ما استحلفه غيره •

طلب الخصم اليمين

١٣٣٤ ـ وكذلك اذا حلفه القاضي قبل طلب الخصم اليمين لم يعتد بيمينه على ذلك •

فصـــــل

طلب المدعي عليه التأجيل مع إقراره

١٣٣٥ وان اقر بما ادعى عليه وسال الخصم ان يؤجله شفع القاضي لـه اذا سأله ، وليس ذلك بواجب على القاضي لما روى ابن عباس رحمه الله عن النبي (ص) ان رجلا رفع اليه غريما له فسأله الغريم ان ينظره شهرا ، فقال له عليه السلام : انظره فأبى فتحمل عنه •

١٣٣٦ ـ وان سكت فلم يتكلم المدعى عليه بعد الدعوى لم يعجل الحاكم عليه واستكشف عن أمره وهل به صمم او خرس ، فاذا اتضح له حاله وانه لا آفة بـه عرض عليه اليمين ثلاثا وقضى عليه بنكوله •

١٣٣٧ ـ هكذا ذكر المسألة الخصاف اذا لم يقر ولم يتكلم •

١٣٣٨ ـ وقد ذكرنا انه اذا قال : لا اقر ولا انكر يحبسه ، وان الطحاوى روى ذلك ، وهذا خلاف رواية الخصاف (وقول) الخصاف يوافق مذهب الشافعي في رد اليمين •

١٣٣٩ ـ والصحيح عندنا ما قاله الطحاوى في ذلك لما ذكرناه من الوجه فيه ، ولان البينة لا تسمع عليه في هذه الحال عندنا حتى يحصل الانكار الذى هو شرط سماعها فكذلك الحكم بالنكول •

١٣٤٠ ـ واذ قد ذكرنا حكم النكول وموضع الحكم به وكيفيته ، وجب ان نذكر اليمين وصفتها ومواضع وجوبها ، وسقوطها ، وما يثبت من حكمها ومالا يثبت •

باب اليمين(١)

وهذا باب اليمين وما يجب في معرفتها وشروطها •

١٣٤١ ـ اعلم ان اليمين وضعت لقطع الخصام كما وضعت البينة لذلك •

١٣٤٢ ـ وقد بين النبي (ص) موضعها ، روى ابن عباس انه عليه السلام قضى باليمين على المدعى عليه ، وروى عن النبي عليه السلام انه قضى باليمين على المطلوب ، وروى عن عبدالله بن مسعود (عن النبي) انه قال :

ـ من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال رجل مسلم لقى الله وهو

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة يمين : قال أبو منصور : اليمين في كلام العرب على وجوه : يقال لليد اليمنى يمين ، واليمين القوة والقدرة ••• واليمين المنزلة ،الاصمعي هو عندنا باليمين أي بمنزلة حسنة ••• وأما قوله تعالى « فراغ عليهم ضربا باليمين » (ك ٩٣/٣٧) ففيه أقاويل : أحدهما بيمينه ، وقيل بالقوة ، وقيل بيمينه التي حلف حين قال : « وتالله لأكيدن اصنامكم بعد ان تولوا مدبرين » (٥٧ ك الانبياء ٢١) •••

واليمين الحلف والقسم ، انثى والجمع ايمن وايمان •• قال الجوهرى : سمميت اليمين كذلك لانهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل امرىء منهم يمينه على يمين صاحبه •

عليه غضبان ، وتلا الآية فقال الاشعث [١] : في والله نزلت كان بيني وبين رجل من اليهود ارض فجحدني فقدمته الى النبي (ص) فقال :

ـ الك بينة

ـ فقلت : لا

فقال : لليهودي : احلف

فقلت : يا رسول الله اذا يحلف فيذهب بمالي فانزل الله « الذين يشترون بعهد الله » الآية •

١٣٤٣ ـ وقد روى عبدالله بن عوف[١] ان النبي (ص) أمر مناديا فنادى حتى بلغ اليه[٢] :

ـ لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين وان اليمين على المدعى عليه •

١٣٤٤ ـ وقال سعيد بن المسيب :

---

(١) هو الاشعث بن قيس بن معدى كرب بن معاوية الكندي كذا ساق نسبه ابن منده وابو نعيم ، والذى ذكره هشام الكلبى : الاشعث واسمه معدى كرب بن قيس وهو الاشج بن معدى كرب بن معاوية بن جبلة وكنيته أبو محمد، وفد الى النبي (ص) سنة عشر من الهجرة في وفد كنده وكانوا ستين راكبا فأسلموا وخطب أم فروة أخت أبي بكر فأجيب الى ذلك وعاد الى اليمن وأرتد بعد موت النبي (ص) فاسر فاستبقاه ابو بكر وزوجه اخته فاطمة وهي أم محمد بن الاشعث • شهد الاشعث اليرموك ففقئت عينه ثم سار الى العراق فشهد القادسية والمدائن وجلولاء ونهاوند وسكن الكوفة وأبتنى بها دارا وشهد صفين مع علي ، وكان ممن الزم عليا بالتحكيم وشهد الحكمين بدومة الجندل ، وكان عثمان قد استعمله على اذربيجان ، وروى عن النبى احاديث روى عنه قيس بن ابى حازم أو أبو وائل وغيرهما ، ونزل فيه قوله تعالى « ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا » الاية لانه خاصم رجلا فى بئر فنزلت • وتوفى سنة اثنتين واربعين هـ • (اسد الغابة ١/٩٧ ـ ٩٨) •

(٢) الذين عرفوا بهذه الاسم من الصحابة والتابعين كما ورد فى اسد الغابة (٣/٢٣٩ ـ ٢٤٠) هم :

١ ـ عبدالله بن عوف الذى روى عن النبى قوله (ص) الايمان يمان • وكان من تابعى اهل الشام من الطبقة الثالثة من عمال عمر بن عبدالعزيز •

٢ ـ عبدالله بن عوف الاشج من الوفد نزل البصرة •

٣ ـ عبدالله بن عوف بن عبد عوف بن الحارث بن زهرة اخو عبدالرحمن بن عوف ، اسلم يوم الفتح •

(٣) فى نسخة قليج : البينة •

مضت السنة ان اليمين على المدعى عليه وفي ذلك اجماع الصحابة والفقهاء رضى الله عنهم ، ان المدعى اذا لم يجد بينة على ما يدعى ان اليمين على المدعى عليه الا في مواضع نذكرها اختلفوا فيها ، وان الخصومة ترتفع حتى يجد ما يوجب الحق كما ان البينة تقطع الخصومة •

١٣٤٥ ـ واليمين ليست عندنا بينة ولا تجرى مجرى البينة في اثبات الحقوق، وانما وضعت لدفع الدعوى ، فاذا ثبت انها معمول بها ، وهي طريق الى قطع الخصومة وأحد اسباب القاضي التي يستوفيها وجب ذكر صفة اليمين •

باب صفة اليمين

وهذا باب صفة اليمين وكيف يحلف القاضي •

١٣٤٦ ـ اعلم ان الناس اختلفوا في تأكيد اليمين والفاظها •

١٣٤٧ ـ فالذى روى في خبر ابن ركانة[١] ان النبي (ص) حلفه حين طلق

---

(١) في نسختي قليج ومنيخ خبر ركانه • والذى في اسد الغابة ركانه بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب المطلبى من مسلمة الفتح نزل المدينة ومن حديثه عن النبى « ان لكل دين خلقا وخلق هذا الدين الحياء) • وتوفى ركانه في خلافة عثمان وقيل توفى سنة اثنتين واربعين •

والحديث المروى في متن الروضة ورد تفصيله في اسد الغابة حيث جاء ان ركانه هذا « هو الذى طلق امرأته سهيمة بنت عويمر بالمدينة اخبرنا أبو اسحق ابراهيم بن محمد الفقيه وغيره ، قالوا باسنادهم الى ابى عيسى الترمذى، قال حدثنا هناد ، حدثنا قبيصة عن جرير بن حازم عن الزبير بن سعيد عن عبدالله ابن يزيد بن ركانة عن أبيه عن جده قال :

اتيت النبى (ص) فقلت يا رسول الله !

انى طلقت امرأتى البتة •

فقال : ما اردت بها ؟

قال واحدة •

قال : الله

قال : الله

قال : الله

قال : فهو كما ذكرت • (اسد الغابة ٢/١٨٨ ، ٥/١١٠) •

البتة ، والله ما اردت الاو احدة ، فقال : والله ما اردت الا واحدة فرد عليه زوجته ولم يؤكد اليمين بصفة ولا جمع بين اسمين ، فان رأى الحاكم فعل مثل هذا فهو يمين يقطع الخصومة .

١٣٤٨ ـ ولا خلاف ان رجلا لو قال : والله لا دخلت الدار ثم دخلها حنث ووجب عليه الكفارة بالحلف باسم الله وحده .

٣٤٩ ـ وكذلك كل اسم لله تعالى مثل الرحمن والرحيم والقادر والغالب وسائر اسمائه تعالى في ذلك سواء .

١٣٥٠ ـ ومن اصحابنا من قال : نحلفه فنقول للخصم :

قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب المدرك الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه ، وهو كذا ، ولا شيء منه اذا كانت الدعوى في المال .

١٣٥١ ـ وسنبين في كل كتاب كيف يحلف على دعواه ان شاء الله .

١٣٥٢ ـ هكذا قال الخصاف . وقال الطحاوى : يضم الى الطالب الغالب واسقط المدرك ، وقال الذى يعلم السر والعلانية ، هكذا ذكر في المختصر .

١٣٥٣ ـ ويضم في يمين اليهودى : بالله الذى انزل التوراة على موسى والنصارى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى ، والمجوسي بالله الذى خلق النار وباقي الناس بالله[١] .

فصل

(عظة القاضي الخصم قبل الاستحلاف)

١٣٥٤ ـ واذا اراد الاستحلاف فينبغي للقاضى ان يعظ الخصم ، ويقرأ عليه : « الذين يشترون بعهد الله » الآية والخبر الذى رويناه عن ابن مسعود في الباب الاول .

١٣٥٥ ـ وينبغي ان تكون اليمين على نسق دعوى المدعى .

---

(١) وعن الامام ابى حنيفة انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا (مجمع الانهر ٢/٢٤٩) .

١٣٥٦ ـ ويجب ان يتبع الحالف لفظ القاضـــي على الخفض دون الرفـــع والنصب ويحفظ ما يدعي المدعى وما يستحلف المدعى عليه ، حتى تكون اليمين على نسق واحد ، وان قطعها الحالف اعادها عليه حتى يأتي بها بلا قطع ولا استثناء حتى تكون اليمين موصولة •

١٣٥٧ ـ واذا مضى في اليمين فسأل المدعى القاضى قطعها ، وقال حسبي انا او حسبي احلافه لم يتممها عليه •

فصـــــل

(تغليظ اليمين)

١٣٥٨ ـ ولا تغلظ اليمين عندنا بالمكان ولا الزمان •

١٣٥٩ ـ وقال الشافعي : اذ كانت في دم او مال عظيم يحنث فيه لو حلف في مكة بين المقام والحجر ، وفي المدينة على المنبر ، وفي سائر البلاد في الجامع على المنبر بعد العصر •

١٣٦٠ ـ قال اصحابنا : ولا يبعث اليهود الى الكنيسة ولا النصارى الى البيعة ولا المجوس الى بيت النارليقسموا هناك •

١٣٦١ ـ وقال الشافعي : يستحلفهم في مواضع عباداتهم وهذا لا يجوز لأن ذلك تعظيم لبيوتهم وهذا لا يجوز عندنا •

١٣٦٢ ـ ولا يستقبل به القبلة ولا يدخله المسجد وحيث ما حلف الخصـــم جاز لأن الارض لله جميعا ، وهو بكل مكان تعالى •

١٣٦٣ ـ واذ قد ذكرنا صفة اليمين وعلى من تجب [فلنذكر ما لا تجب فيـه] •

باب ما يجب فيه اليمين

وهذا باب ما لا يجب فيه يمين ، ولا يحلف القاضي فيه •

(١) فى مجمع الانهر ٢/٢٥٠ « لا يحلفون فى معابدهم لان فيه تعظيما لها ، والقاضى ممنوع عن ان يحضرها وكذا امينه ٠٠ لا انه ليس له حق الدخول»

١٣٦٤ ـ اتفق اصحابنا جميعا ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر والحسن ابن زياد وسائر اصحابنا على ان الحدود كلها لا يستحلف فيها ولا يجب فيها يمين على من ادعيت عليه ، الا السرقة ان ادعا مالا اخذه فانهم يحلفون عليه فان نكل عن اليمين لزمه المال ولا قطع عليه عندهم جميعا لان القطع لا يثبت بالنكول •

١٣٦٥ ـ وقد حكينا فيما تقدم انن ابا حنيفة لا يستحلف في النكاح ، والرجعة ، والولاء والرق والفيء في مدة الايلاء ، والنسب ، وان باقي اصحابنا يختلفون في ذلك كله ، وان النكول بذل عند ابى حنيفة وعند سائر اصحابنا يقوم مقام الاقرار ، ولو قام مقام الاقرار لكان ينبغي ان يثبت في الحدود لأنها تثبت بالاقرار •

فصل

اليمين في النسب

١٣٦٦ ـ واختلف اصحابنا في الموضع الذي يثبت فيه اليمين في النسب : فمنهم من قال يثبت في كل موضع لو اقر به لزمه وثبت النسب منه كالابن والأب ، وان كان لا يثبت بقوله لم يثبت الاستحلاف الا ان يدعى مالا في يد المدعى عليه او قبله لا يثبت المال الا ان يستحلف على نسبه كالميراث والنفقة ، فان نكل عن اليمين شاركه في المال الذى في يديه كالاخ مع الاخ ولا يبثت النسب •

لا يمين فيما لا يقبل إقراره به

١٣٦٧ ـ قال اصحابنا : ولو ادعى رجل على آخر انه وصى لفلان ، وقد مات او وكيل له وان على فلان مالا له فانكر ذلك فلا يمين عليه اذا لم يكن وارثا لأنه لو اقر لم يقبل منه •

١٣٦٨ ـ ولو ادعى رجلان عبدا في يد آخر انهما اشترياه منه فاقر لاحدهما بالشراء وانكر الآخر وطلب يمينه لم يحلفه القاضي ، لأنه لو اقر لما قبل •

١٣٦٩ ـ وكذلك لو نكل عن اليمين لأحدهما فقضى له وطلب الآخر اليمين لم يحلف •

١٣٧٠ ـ وكذلك المرأة يدعيها رجلان فتقر لاحدهما فهي للاول والاصل[1]

(١) فى نسخة قليج : والعقد •

في هذا الباب ان كل ما لا يقبل اقراره لو اقر به لم يستحلف عليه كالهبة والصدقة وغير ذلك فانه لا يحلفه للآخر •

١٣٧١ ـ وقالوا : لو ادعى احدهما الشراء والآخر الرهن او الاجارة فاقر بالرهن والاجارة وطلب المشترى تحليفه فانه يحلفه ، وان اقر بالشراء فالمشترى بالخيار ان شاء صبر حتى يفتكه من الرهن او تمضى المدة في الاجارة ويأخذه وان شاء نقض البيع •

١٣٧٢ ـ ولو اقر لصاحب الشراء اولا فطلب المدعى للرهن والاجارة يمينه لم يستحلف له لأنه لو اقر لما قبل منه •

١٣٧٣ ـ قال : ولـــو ادعى كل واحد الاجارة فاقر لاحدهما لم يستحلف الآخر ، وان أقر لهما جميعا فهما بالخيار على قول من يجيز اجارة المشاع •

١٣٧٤ ـ وقال لو ان رجلا ادعى على آخر انه اشترى الدار التي في موضع كذا ، وحددها بالف درهم وانه شفيعها بدار له تلاصقها ، فقال المدعى عليه هـذه الدار في يدى لابني الطفل فقد لزمه اقراره لابنه بالدار ، فان قال المدعى حلفه لي اني ما انا شفيعها ، فانه اراد بهذا الاقرار دفعي عن حقي فانه لا يمين عليه لأنه لو اقر بالشراء بعد ذلك لم يقبل ، وهو خصم عن ابنه ، فان اقام المدعى بينة بالشـراء فالأب خصم ويقضى عليه •

١٣٧٥ ـ وقالوا : لو ادعي رجل على آخر انه شريك له في الوصية اليه من فلان وطلب منه اليمين فلا يمين عليه ولا يسئله القاضى عن ذلك لأنه لو اقر ما جاز ذلك ، وان احضر بينة سمعها وجعله وصيا معه •

١٣٧٦ ـ وهذه مواضع لا يستحلف فيها وكل ما يرد من هذا الجنس فهو مثلــه •

١٣٧٧ ـ فاما ما يجب فيه اليمين فهو اكثر من ان يحصى في هذا الكتاب ، واذ نحن ذكرنا الدعاوى في المسائل من الكتب جاءت المسائل مشروحة في مواضعها ان شاء الله •

١٣٧٨ ـ ونحن نذكر ما يجب فيه اليمين على الجملة على البتات والعلم •

باب ما يجب فيه اليمين على البت
وما يجب على العلم والفرق بينهما

١٣٧٩ ـ واصل هذا الباب ان كل حق ادعى على الانسان انه فعله او عقده او اعطاه او اخذه فاليمين فيه على البت والقطع •

٣١٨٠ ـ وكل ما ادعى على غيره او بسبب غيره فهو على العلم •

١٣٨١ ـ هذا قول اصحابنا •

١٣٨٢ ـ وكان شريح يحلف على البت والقطع فيما يدعى على المدعى عليه من دين •

فان حلف والا اخذه به •

٣٨٣ ـ وقال اذا كان لابيك[1] على انسان دين يدعيه ويقيم بينة فأن حلف المدعى مع بينته والا لم يعطه •

١٣٨٤ ـ وقل ابراهيم [النخعي] يستحلف في هـــذا على العلم مثل قول اصحابنا •

وبقولنا قال الشافعى فى هذا الباب •

١٣٨٥ ـ قال اصحابنا : واذا ادعى رجل على آخر ان اباه مات وله عليه الف درهم فان اقر بموته سأل عن الدين ، فان انكر الدين حلفه : ما تعلم لهذا عـــلى ابيك هذا المال ولا شيئا منه •

١٣٨٦ ـ وانقال لميصل الى من مال ابى شيء وادعى على أنه وصل اليـــه ما ادعاه وزيادة فانه يحلف على انه ما وصل اليك شيء من مال ابيك •

١٣٨٧ ـ ولو قال المدعى عليه ليس على يمين لأنه لم يصل الى شيء لم يقبل منه ويحلفه على علمه ما يعلم ان احدا[2] على ابيك المال الذى يدعى ولا شـيء منه « لأن المدعى »[3] يثبت المال على الميت ويتبع تركته في يد من هي •

---

(١) كذا فى جميع النسخ •

(٢) فى نسخة قليج : ان لهذا •

(٣) الزيادة من نسخة قليج •

١٣٨٨ ـ وان ادعى على الوارث حقا سماه وانه على الميت او على وصيه ، فان الوارث يستحلف على علمه •

١٣٨٩ ـ وكذلك اذا ادعى الشراء على البائع قبله حلف على العلم انه لا يعلم انه اشترى مالا ادعاه قبله •

١٣٩٠ ـ وان عرض بذكر اقالة اورد بعيب حلف انه ما يعلم ان هذا الشيء شرى لهذا من فلان قبل ان تشتريه انت •

١٣٩١ ـ وان ادعى رجل على آخر ان عبده اتلف مالا او جنى جناية في نفس او دونها خطأ فان المولى يحلف على علمه ، وان كان قتل عمد لم يكن على المولى يمين ، لأنه لا يقبل قوله على العبد •

١٣٩٢ ـ وكذلك اذا ادعى الرجل على غيره انه دفع الى وكيله ما يجب او ما عليه ، حلف الموكل على العلم •

١٣٩٣ ـ وان ادعى الشراء منه او البيع او الاجاره ، واطلق فاليمين على البت •

١٣٩٤ ـ وان ادعى رجل على رجل دارا في يديه فقال المدعى عليه : هذه الدار ورثتها من ابى والمدعى يقول : وصلت اليك من غير ارث فانه يحلف على البت ولا يقبل قوله في الارث •

١٣٩٥ ـ وان قال المدعى عليه للقاضى أحلف المدعى انها ما وصلت الى من ميراث أبى حلف على العلم ، فاذا حلف المدعى له على علمه احلف الوارث على البتات ، ولو امتنع المدعى من اليمين حلف الوارث على علمه[1] •

١٣٩٦ ـ وان ادعى رجل على آخر ان اباه قد مات وله عليه كذا فقال المدعى عليه : قد مات ابي ولهذا عليه ما ذكر ، فقال المدعى قد ترك مالا سمّاه ، مثل ما اقر له به او اكثر ، فقال المدعى عليه ترك ابى هذا المال وهو لأخوتى وهم اثنان او ثلاثة كبار او بعضهم صغير وبعضهم كبير فان القاضي يجعل الالف كلها للغريم ، ولا يقبل قول الابن ان هؤلاء اخوته بعد ما ثبت الدين على الميت ، اذا كانوا لا يعرفون الا بقوله ، وان كانوا يعرفون لم يقبل اقراره الا بحصته خاصة •

---

(١) من الفقرة ١٣٩١ الى اخر الفقرة ١٣٩٥ لم يرد فى النسخة المعتمدة وانما ورد فى نسخة قليبج •

١٣٩٧ ـ وكل ما على هذا الجنس فعلى هذا الاصل • اذا كانت الدعوى على الغير فاليمين على العلم ، وان كانت على الخصم فهي على البت •
١٣٩٨ ـ واذ قد ذكرنا حكم اليمين على المدعى عليه فقد بقى ان نذكر ردها على المدعى •

باب رد اليمين على المدعي

من قال ترد اليمين ومن قال لا ترد على المدعى •

١٣٩٩ ـ اتفق الفقهاء في سائر الاعصار على العمل بما روى عن النبي (ص) من قوله البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، فجمع فى هذا الخبر جميع البينات وجميع الايمان فلا يجوز ان [توجه] يمين فى جانب المدعى[1] •
١٤٠٠ ـ وليس في رد اليمين سنة ثابتة تلقتها الامة بالقبول، وانما في ذلك خلاف بين الصحابة والتابعين والفقهاء •

خلاف الفقه في تحويل اليمين

١٤٠١ ـ فالذى ذهب اليه اصحابنا ان اليمين لا تحول عن الموضع الذى وضعها رسول الله (ص) وهو قول ابن عباس والحكم وابراهيم •
١٤٠٢ ـ وقال مالك : اذا نكل المدعى عليه عن اليمين لم يقض عليه القاضى حتى يكلف المدعى ، ولا يستحلف القاضى المدعى حتى يرد المدعى عليه اليمين على المدعى •

١٤٠٣ ـ وقال الشافعى اذا نكل المدعى عليه حلف المدعى فان حلف استحق وان أبى لم يستحق •
١٤٠٤ ـ فان قال المدعى عليه : انا احلف قبل ان يستحلف المدعى ، قال ليس له ذلك لأنه قد ابطل اليمين عنه حيث جعلها على المدعى •

---

(١) جملة فجمع فى هذا الخ لم ترد فى نسخة منيج

قضية بين عثمان والمقداد بن الأسود

١٤٠٥ ـ وقد روى الشعبي ان المقداد بن الاسود[1] استسلف من عثمان بن عفان (رض) سبعة آلاف درهم فاتاه باربعة آلاف درهم، فقال عثمان: كانت سبعة الاف، قال المقداد ما كانت الا اربعة، فارتفعا الى عمر بن الخطاب (رض) وذلك في خلافته فقال المقداد: يا امير المؤمنين ليحلف انها كما يقول وليأخذها.

فقال عمر: قد انصفك احلف كما تقول وخذها.

فقال عثمان: لا احلف

فقال (عمر بن الخطاب): فاما الآن فخذ ما اعطاك.

قال فاخذها

فلما قام المقداد قال عثمان:

---

(١) جاء في اسد الغابة: ان المقداد هو: ابن عمر بن ثعلبة البهرائي المعروف بالمقداد بن الاسود، وهذا الاسود الذي ينسب اليه هو الاسود بن عبد يغوث الزهري، وانما نسب اليه لان المقداد حالفه، فتبناه الاسود فنسب ويقال له ايضا المقداد الكندي، وانما قيل له ذلك لان اصاب دما في بهراء فهرب منها الى كنده فحالفهم، ثم اصاب فيهم دما فهرب الى مكة فحالف الاسود ابن عبد يغوث، وقال أحمد بن صالح هو حضرمي، وحالف أبوه كندة فنسب اليها وحالف هو الاسود بن عبد يغوث فنسب اليه، والصحيح انه بهراوى، كنيته أبو معبد وقيل أبو الاسود، وهو قديم الاسلام من السابقين، وهاجر الى أرض الحبشة ثم عاد الى مكة، فلم يقدر على الهجرة الى المدينة لما هاجر اليها رسول الله (ص) فبقى الى ان تمكن من الانحياز الى المسلمين في إحدى الغزوات، وشهد بدرا، وله فيها مقام مشهور، وفي موقعه بدر قال لرسول الله «أمض لما أمرت به فنحن معك .. أذهب أنت وربك فقاتلا انا معكما مقاتلون .. وكان المقداد أول من اظهر الاسلام بمكة، قال ابن مسعود اول من أظهر الاسلام بمكة سبعة منهم المقداد، وشهد احد أيضا والمشاهد كلها مع رسول الله (ص) وله مناقب كثيرة وشهد المقداد فتح مصر، روى عن النبي وروى عنه من الصحابة علي وابن عباس والمستورد بن شداد وطارق بن شهاب وغيرهم ومن التابعين عبدالرحمن بن ابي ليلى وميمون بن ابي شبيب وعبيد الله بن عدي بن الخيار وجبير بن نفير وغيرهم. كانت وفاته بالمدينة في خلافة عثمان، ومات بارض له بالجرف وحمل الى المدينة وكان عمره سبعين سنة (اسد الغابة ٤/٤٠٩ ـ ٤١١).

والله ان كانت لسبعة آلاف فقال عمر : فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك ، والله ان هذه لسماء وان هذه لأرض ، وان هذه لشمس وان هذا لنهار .

فقال عثمان : خشية ان يوافق قدر بلا فيقال يمينه [كذا] .

(من كان يرد اليمين)

١٤٠٦ ـ وكان شريح يرد اليمين وكذلك الشعبي ويحيى بن سعيد وعمر ابن عبدالعزيز وعبدالله بن عتبة .

فصـــــل

قول الشافعي في النكول

١٤٠٧ ـ واختلف قول الشافعي في نكول المدعى عليه مع يمين المدعي .

فقال في أحد القولين هما بمنزلة البينة لانه حجة من جهة المدعي ، وقال في القول الآخر بمنزله الاقرار لان النكول صار من جهة المدعى عليه واليمين ترتبت عليه فصار كاقراره .

١٤٠٨ ـ فان نكل المدعي عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، وفرق بين المدعى عليه وبينه حين لم يسأل لان نكول المدعى عليه اوجب للمدعي حقا في رد اليمين والقضاء له ، فلم يجز سؤال المدعى عليه ، وبنكول المدعي لا يجب لغيره حق يسقط بسؤاله ، فأن ذكر سبب او خيار فهو على حقه من اليمين ولا يضيق عليه في المدة وترك ما تارك .

١٤٠٩ ـ وفي المدعى عليه قدر ثلاثة ايام ، فان قال منعني أبي لا اختار ان احلف (كذا) حكم بنكوله وسقط حقه ، وان بذل اليمين بعد النكول لم يقبل في هذه الدعوى لانه اسقط حقه فيها .

فصـــــل

١٤١٠ ـ قال :

وان كان للمدعي شـــاهد واحد واختار ان يحلف المدعى عليه جاز ، وينتقل اليمين الى جانب المدعى عليه .

١٤١١ ـ وان اراد ان يحلف مع شاهده لم يكن له ان يحلف في هـــذا المجلس ، لأن اليمين انتقلت عنه الى جانب غيره فلم تعد اليه .

فان عاد في مجلس آخر ، واستأنف الدعوى جاز ان يقيم الشاهد ويحلفه معه ، لان حكم الدعوى الاولى قد سقط •

١٤١٢ ـ قال :

وان حلف المدعى عليه في الدعوى الاولى سقطت عنه المطالبة ، وان نكل عن اليمين له لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعى •

١٤١٣ـ وهل يرد اليمين على المدعى ليحلف مع الشاهد ؟ فيه قولان احدهما انها لا ترد لانها كانت في جانبه وقد اسقطها وصارت الى جانب غيره فلم تعد اليه كالمدعي عليه اذا نكل عن اليمين فردت على المدعى فنكل عنها فانها لا ترد الى المدعى عليه •

١٤١٤ ـ والقول الثاني انها ترد لأنها غير الاولى لان اليمين الاولى لا يحكم بها الا في المال وما يقصد به المال والثانية يقضى بها في جميع الحقوق التي تسمع بها الدعوى •

١٤١٥ ـ قال :

وان قلنا لا ترد حبس المدعى عليه حتى يحلف او يقر، وان قلنا ترد حلف مع الشاهد واستحق •

١٤١٦ ـ واذ قد ذكرنا اليمين وردها فلنذكر البينة بعد اليمين ما حكمها ؟

إقامة البينة بعد اليمين

١٤١٧ ـ اعلم ان الدعوى اذا توجهت وصحت وحصل الانكار من الخصم فان القاضي يسئل المدعي الك بينة ؟

فان قال : نعم

سأله :

احاضره هي أم غائبه ؟

فان قال :

هي حاضرة

فان ابا حنيفة قال :

لا استحلفه واطلب البينة

وقال ابو يوسف :

اذا طلب الخصم استحلافه فانة يستحلفه لانه ربما يتورع ويقر فيغني الخصم عن اقامة البينة وتعديل الشهود ، ولا استحلفه حتى يطلب الخصم ذلك.

١٤١٨ ـ وهذا قول الشافعي وعن محمد مثله •

١٤١٩ ـ واما ان كانت غائبة او كانت حاضرة ورأى القاضي ذلك فحلف المدعى عليه ثم احضره القاضي يقضي بالبينة ويبطل اليمين لما روى (ابو) سعيد الخدرى عن عمر بن الخطاب رض الله عنه انه قال .

اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة •

وهوقول شريح وطاووس وابراهيم •

وبه قال الشافعي وغيره •

١٤٢٠ ـ وقال ابن ابى ليلى وغيره : قد مضى القضاء ولا يقضي بالبينة •

الإقرار بعد البينة

١٤٢١ ـ ولا خلاف انه لو اقر بعد اليمين قبل اقراره وحكم عليه فكذلك اذا قامت البينة •

١٤٢٢ ـ وعكس ذلك اذا ابرأه من الحق فانه لا يقبل الامرين •

فصل

١٤٢٣ ـ ولا فرق عندنا بين ان يقول :

ـ احلف وانت بريء •

او :

اذا حلفت فانت بريء من الحق فحلف ثم قامت البينة بالحق انه يقضي بالبينه لان البراءة لا تقف على شرط فلا تصح البراءة اذا حلف •

فصل

١٤٢٤ ـ فان قال المدعى عليه أحلفه لى انه يستحق ما شهدت به البينة لم يحلفه لان فى ذلك طعنا فى البينة العادلة ، ولانه لا يجمع عليه اقامة البينة واليمين •

١٤٢٥ ـ وكذا قال الشافعي ايضا •

فصـــل

١٤٢٦ ـ فان ادعى انه ابرانى من الحق او قضيته اياه فانه يحلفه انـه لم يبره ولم يقضه لانه ليس فى ذلك قدح فى البينة ، وما يدعيه محتمـــل فحلف عليه .

فصـــل

١٤٢٧ ـ فان قال :

ليس لى بينة حاضرة ولا غائبة ، وكل بينة تشهد لى فهى كاذبة ، وطلب احلافه فحلف ثم اقام البينة فان أبا حنيفة قال :

احكم بالبينـــة .

١٤٢٨ ـ وان قال :

لا بينة لى ولا شهادة لى عند فلان فيما ادعى ولا عند فلان ، ثم ادعـــى شهادتهما ، او قال :

كل شهادة يشهدون لى بها على هذا الحق فلا حق لى بها ثم احضر البينة حكم بها .

١٤٢٩ ـ هكذا روى الحسن بن زياد عن ابى حنيفة .

١٤٣٠ ـ وقال محمد :

اذا قال ليست لى بينة عليه بهذا الحق ثم احضر بينة لم اسمعها ولم احكم بها .

١٤٣١ ـ وقال اصحاب الشافعى فى ذلك ثلاثة اوجه :

احدها انها لا تسمع لانه كذبها بقوله .

والثانى : انه اذ كان هو الذى استوثق بالبينة لم تسمع لانه كذبها .

وان كان غيره استوثق بالبينة سمعت لانه لم يعلم بالبينة فرجع قولـه الى ما عنـــده .

والثالث انها تسمع بكل حال لانه يجوز ان يكون ما علم ، وان علـــم فلعله نسى فرجع قوله لا بينة لى الى ما يعتقده .

١٤٣٢ ـ وقد ذهب بعض اصحابنا الى هذه الجملة .

فصـــــل

أخذ الكفيل من المدعي عليه

١٤٣٣ ـ وان قال :

ـ لى بينة بما ادعيه فخذ لى كفيلا لاحضرها أخذ منه كفيلا ثلاثـة ايام اذا كان من أهل المصـــــر .

١٤٣٤ ـ وقال ابو يوسف أخذ منه كفيلا الى وقت يمكنه التقدم فيه .

١٤٣٥ ـ وقال قتادة وابو هاشم ليس عليه اقامة كفيل .

وهو قول الشعبى .

١٤٣٦ ـ وعن شريح انه قال لا كفالة في حد .

١٤٣٧ ـ وقال بعض اصحابنا :

هذا يدل على انهم كانوا يأخذون فى غير الحد .

١٤٣٨ ـ وقال ابو يوسف :

وعلى اخذ الكفيل ادركنا قضاتنا يعملون .

١٤٣٩ ـ وقال الشافعي :

ليس له ملازمته ولا أخذ الكفيل .

١٤٤٠ ـ قال اصحابنا :

وان كان الرجل مسافرا اجله الى حين قيامه من المجلس ، فان احضـــــر بينة والا خلى سبيله .

١٤٤١ ـ فان اشكل عليه هل هو مسافر او مقيم فان أقر الطالب انه مسافر اجله المجلس وان انكر وادعى انه مقيم عمل على ما يصح عنده من ذلك .

١٤٤٢ ـ وان كانت الدعوى فى حد القذف او قصــاص فى النفس او فيما دونها من طرف او جراحة فان ابا حنيفة قال لا كفالة في ذلك .

وقال ابو يوسف آخذه بالكفيل ثلاثة ايام ، وان أقر المطلوب او قامـــت بينة حبسه ولم يأخذ كفيلا .

١٤٤٣ ـ وان كانت الجراحة يجب بها المال ولا حكم للقصاص فى ذلك آخذه بالكفيل .

فصـــل

١٤٤٤ ـ وان شهد له عليه شاهد واحد عدل حبسه القاضى الى ان يتم الشهادة ، وان لم يعرف الشاهد لم يحبسه •

١٤٤٥ ـ وقال بعض اصحاب الشافعى فى ذلك قولين :

احدهما مثل ما قلناه •

والثانى لا يحبسه

١٤٤٦ ـ ومنهم من فرق وقال :

ان كان الحق مما يثبت باليمين مع الشاهد حبسه لان الخصم يتمكن من وصوله الى حقه بيمينه مع الشاهد •

وان كان بخلاف ذلك لم يحبسه •

١٤٤٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد اذا شهد واحد عدل كفلناه ولم نحبسه •

١٤٤٨ ـ وقال اصحابنا :

وان كانت الدعوى في حد الزنا وشرب الخمر والسكر من النبيذ وطلب الكفيل لم يؤخذ به ولم يلزمه ، وكذلك حد السرقة اذا طلب القطع لم يؤخذ الكفيل وان طلب المال اخذ •

١٤٤٩ ـ ويؤخذ الكفيل فيما يجب فيه التعزير •

١٤٥٠ ـ وقال ابو يوسف ومحمد آخذ فى دعوى القصاص الكفيل وفيما يتعلق بحقوق الناس وكذلك اذا قام الشهود ولم يعدلوا وطلب الكفيل حتى يعدلهما فله ذلك •

١٤٥١ ـ ويختار كفيل موثوق به وله مال

١٤٥٢ ـ واختلف اصحاب الشافعي اذا طلب الخصم حبسه حتى يسأل عن البينة فى الباطن :

فمنهم من قال يحبس وهو الصحيح لان الظاهر العدالة •

والثانى وهو قول الاصطخرى لا يحبس لان الاصل براءة الذمة •

فصـــــل
ملازمة الممتنع عن الكفيل

١٤٥٣ ـ وان امتنع من الكفيل فله ملازمته بالنهار والليل حتى يحضر البينة •

١٤٥٤ ـ وقال الشافعي ليس له ملازمته، لان النبى عليه الصلاة والسلام قال :

ـ (شاهداك او يمينه ليس لك الا ذلك) •

١٤٥٥ ـ وانما قلنا له ذلك لئلا يؤدى الى هربه فيضيع حق المدعى •

١٤٥٦ ـ وقد اتفق الجميع على احضاره من البلد بقول المدعى •

فصـــــل

١٤٥٧ ـ فان ادعى ما ينقل ويحول وهـــو فى يده وطلب الكفيل بهمـــا جميعا فله ذلك وان ابى امر القاضى ان يلزمه ويلزم ذلك الشيء حتى يعطيـــه كفيلا بهما •

١٤٥٨ ـ وقال الشافعي :

ليس له الملازمة ولا لزوم ذلك الشيء •

١٤٥٩ ـ وقال اصحابنا :

فى العقار يأخذ كفيلا بنفسه دون العقار •

١٤٦٠ ـ وان اعطاه فيما ينقل ويحول بالشيء كفيلا دون نفســه فـله ان يلزمه حتى يعطيه كفيلا بنفسه • وان قال انا اقيم وكيلا عن نفسي جائز ما صـــنع على ، وقد اقمت بالشيء كفيلا قبل ذلك منه •

١٤٦١ ـ وان كانت الدعوى فى دين كان عليه ان يقيم كفيلا مـــع الوكيل بنفســه •

١٤٦٢ ـ وان قال انا اعطيتــه كفيلا بالمال والمســألة بحالها لم يقبل منـــه الا برضى الخصــــم •

١٤٦٣ ـ واما العقار اذا اعطاه وكيلا فى خصـــومته وأخذ من الوكيل كفيلا بنفسه دفع العقار الى الوكيل واما ان يعطيه كفيلا بنفسه لم يجبر على ذلك •

فصـــــل
هل يحكم بعد البينة في غيبة المدعي عليه؟

١٤٦٤ ـ واذا قامت البينة بشيء من ذلك ثم غاب المدعى عليه ، ولم يكن له

كفيل او كان فغاب الكفيل او غاب الوكيل وزكيت البينة واراد المدعى من القاضى الحكم فانه لا يقضى بشىء من ذلك •

١٤٦٥ ـ وهذا قول محمد بن الحسن لانه قضاء على غائب •

١٤٦٦ ـ وقال ابو يوسف انه اذا كان قد سمع البينة على الخصم او وكيله ثم تغيب هو او وكيله فانه يحكم عليه وينفذ القضاء ويجعله على حجته •

١٤٦٧ ـ وقال الشافعى :

يقضى عليه مع الغيبة •

فصل

إثبات الوصية والوكالة

١٤٦٨ ـ وان ادعى الوصية او الوكالة من الغير وطلب الكفيل حتى يقيم البينة بالوصية والدين لمن وكله لم يجبه الى ذلك •

١٤٦٩ ـ ولو كانت الوصية والوكالة ثابتة عنده وطلب الكفيل أخذ له الكفيل واخذه ثلاثة ايام كما اذا أدعى الحق لنفسه •

١٤٧٠ ـ ولو شهد له بالوصية والوكالة ولم تزك البينة وطلب الكفيل ، لم يكن له ذلك ، انما له ذلك اذا شهدت البينة وحكم بالوصية والوكالة وهو قول أصحابنا جميعا •

١٤٧١ ـ ولو أدعى الدين والوصية فى مجلس واحد وأقام بذلك شهوده فانه تسمع بينته الوصية والوكالة ، وتسمع الشهادة على الحق ويقضى به وينفذ الجميع استحسانا •

١٤٧٢ ـ والقياس أن لا يثبت الحق ولا بينة عليه حتى تثبت الوصية والوكالة اولا،فاذا حكم بذلك سمع بعد ذلك الدعوى على الحق الذى يدعيه •

١٤٧٣ ـ وحكى الخصاف خلاف ابى حنيفة وابى يوسف فقال :

على قول ابى حنيفة لا يقبل وعلى قول ابى يوسف يسمع على الجميع دفعة واحدة •

فصل

١٤٧٤ ـ ولو أن رجلا احضر رجلا الى الحاكم وقال له أن هذا وصي فلان أو وكيله وطلب من الحاكم أن يأخذ منه كفيلا حتى يثبت الوصية او الوكالة لم يجبه الى ذلك، وكذلك ان أقر بالوصية وقال ليس في يدى للميت حق فالقول قوله في ذلك ، وان طلب المدعى ان يأخذ منه كفيلا ليثبت الحق عليه ثم يبيع مال الميت اجابه الى ذلك .

فصل

١٤٧٥ ـ وأن ادعى على رجل ان أباه مات وانه وارثه وان أخاه مات وهو وارثه وان على هذا الرجل حقا لهما وأريد أن آخذ منه كفيلا حتى أقيم البينة بما ذكرت أخذ منه كفيلا لمدة ثلاثة أيام .

١٤٧٦ ـ وكل حق ادعاه انسان لنفسه وطلب الكفيل أخذ به الا المسافر وما لا يجوز أخذ الكفيل به مما تقدم .

فصل

١٤٧٧ ـ ويؤخذ للرجل من المرأة والمرأة من الرجل اذا كان كل واحد يدعى النكاح على الاخر ، حتى يقيم البينة أو يعدل ، وكذلك اذا أدعى رق العبد أو الامة .

فصل

١٤٧٨ ـ واذا مات المطلوب بالحق أو مات الكفيل بطلت الكفالة (١) وان مات الطالب فالكفيل على حاله .

١٤٧٩ ـ وأن سلم الكفيل المكفول به الى وصى الميت برىء وأن سلمه الى وارثه برئ من حصة ذلك الوارث ، ولمن بقى حقه من الكفالة بحاله .

---

(١) والحكم بعكس ذلك فى القانون المدني العراقى فقد نصت المادة ١٠٤٧ على أنه :

« اذا مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته » .

فصـــــل

١٤٨٠ ـ واذا قدم الرجل الى الحاكم رجلا فانكر فاحلفه ثم قدمه ثانيـة فقال المدعي عليه بجميع دعواه لم يجبره القاضي على ذلك اذا رأى ذلك وان علم انه بعينه أمره ان يجمع الدعوى •

فصـــــل

١٤٨١ ـ وان شهد على الرجل عند الحاكم بحق عدلان ، وهو لا يعلم ان له دفع البينة فان القاضي يقول له :

ـ قد شهد عليك فـلان وفلان وقد ثبت عندي عدالتهمـا ، فهل عندك مـا يجرحهما ؟ فان اتى بما يوجب الجرح وقفت الشهادة •

١٤٨٢ ـ هذا اذا كان لا يعلم المدعى عليه ذلك ، فان كان عالما بذلـك فللحاكم أن يقول له ذلك وله ان يسكت •

١٤٨٣ ـ وعند ابي حنيفة الحكم ماض مالم يطعن الخصم وقد مضت •

١٤٨٤ ـ وان قال :

لى بينة بالقضاء أو الابراء أجل ثلاثة أيام في ذلك والا حلف المدعى عليه انه لم يبره ولم يقضه ، وله أن يلازمه الى أن يقيم البينة بالجرح أو القضاء لان الحق قد ثبت في الظاهر ، وكل هذا قول الشافعي ايضا في هذا الباب •

١٤٨٥ ـ واذ قد ذكرنا حكم الشهادة والنكول والايمان وما تقدم في هذه الابواب وجب ذكر الرجوع عن الشهادة •

باب الرجوع عن الشهادة[1]

وهذا باب الرجوع عن الشهادة :

١٤٨٦ ـ كان الواجب أن يؤخر هذا الباب الى بعد الفراغ من جميع ما يقضى القاضى من الحقوق غير أن فى تقديمه معرفة حكم الرجوع قبل علم ما يرجع عنه ، لانه ينبغي أن يكون مضموماً الى الشهادة لانه يتلوها في الكتب ، فلهذا قدمنا ذلك لاننا رتبنا الكتاب على غير ترتيب من تقدم فى هذا العلم.

١٤٨٧ ـ واتفق الفقهاء على أن الشهود اذا رجعوا بعد الحكم والقضاء انه لا يبطل القضاء .

سابقة من أقضية علي

١٤٨٨ ـ ونحن نفصل مسائل الرجوع فى ذلك على الوفاق والخلاف .

١٤٨٩ ـ والاصل فى هذا الباب ما روى الشعبي أن رجلين أتيا عليا رضي الله عنه برجل فشهدا عليه انه سرق فقطع على يده ، ثم جاءا بعد ذلك بآخر فقالا غلطنا في الاول انما كأن هذا الذى سرق فابطل عليه السلام شهادتهما على الآخر وضمنهما دية الاول ، وقال :

لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما .

رجوع الشهود قبل الحكم

١٤٩٠ ـ قال أصحابنا اذا رجع الشهود قبل الحكم بطلت الشهادة ولا يحكم بشيء . وهو قول عامة الفقهاء .

١٤٩١ ـ وقال أبو ثور يحكم بشهادتهما لانهما يحتمل ان يكونا صادقين فى الشهادة كاذبين فى الرجوع . ويحتمل أن يكونا صادقين فى الرجوع كاذبين فى الشهادة فلا يحكم مع الشك كما اذا جهل عدالة الشهود .

الرجوع بعد القضاء في المال

١٤٩٢ ـ وان رجعا بعد القضاء فى المال غرما ما شهدا به ، ولا يرد الحكم.

الرجوع قبل الاستيفاء

١٤٩٣ ـ وأن رجعا بعد الحكم قبل الاستيفاء فان كان فى حد أو قصاص

---

(١) رجع السمناني في أكثر مسائل هذا الباب الى ما جاء فى مختصر الطحاوى بهذا العنوان (ص ٣٤٤ وما بعدها) .

لم يجز الاستيفاء لان هذه الحقوق تسقط بالشبهة والرجوع شبهة ظاهرة فلم يجز الاستيفاء .

١٤٩٤ ـ وقد كان حماد بن سليمان [١] يقول : ان كان حال الشاهد عند الرجوع خيرا من حاله عند الشهادة فان القضاء يبطل ، ويضمنان للمقضى له مثل الحق .

١٤٩٥ ـ وكان أبو حنيفة يقول ذلك ثم رجع الى انه لا يبطل القضاء فصار ايضا هذا شبهة فى منع الاستيفاء .

١٤٩٦ ـ وان كان المشهود به مالا او عقارا او دينا فانه يستوفى ذلك كله وعليهما الضمان ، وهو ظاهر مذهب الشافعى .

١٤٩٧ ـ وقال أصحابه ينقض لان الحكم غير مستقر قبل الاستيفاء وهذا لا يصح لان الحكم نفذ والشبهة لا تؤثر فيه فجاز الاستيفاء .

---

(١) في نسخة قليج : حماد بن ابى سليمان وهو الصواب فهو حماد بن ابى سليمان مسلم الاشعرى مولاهم ابو اسماعيل الكوفى الفقيه روى عن أنس وزيد بن وهب وابن المسيب وسعيد بن جبير وعكرمة وابى وائل وابراهيم النخعى والشعبى وغيرهم ، وعنه ابنه إسماعيل وعاصم الاحول وشعبة والثورى وحماد بن سلمة ومسعر وهشام الدستوائي وابو حنيفة والحكم والاعمش والمغيرة ، وهم من اقرانه وجماعه وكان حماد أخص شيوخ الامام ابى حنيفة وعليه مدار حديثه وفقهه ، لزمه عشرين سنة حتى مات سنة عشرين ومائة .

فصـــــل

رجوع الشهود بما يوجب القتل

١٤٩٨ ـ وان شهدوا بما يوجب القتل ثم رجعوا فانه لا يقتل واحد منهم في كل حال .

وقال الشافعي ينظر فان قالوا تعمدنا القتل بشهادتنا وجب عليهم القـــود ، وهو قول الحسن وابراهيم .

١٤٩٩ ـ لنا ان [١] الشهود لم يقتلوا وهم سبب يجوز ان ينفـك مسببه عنه فلا يجب القود .

١٥٠٠ ـ وهم يقولون هما الجأه الى قتل المشهود عليـه فصارا كمـا لـو اكرهاه .

١٥٠١ ـ وفرق أصحابنا بين الامرين بان الولي بالخيار ان شاء قتل وان شاء لم يقتل بخلاف المكره فانه ملجأ .

١٥٠٢ ـ ولو كان الحاكم كالمكره لوجب القصاص على الحاكم .

١٥٠٣ ـ قال (أي الشافعي) وان قالوا تعمـدنا الشـهادة ولم نعـلم أنـه يقتل ، وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة لما فيه من العمد ومؤجـلة[٢] لما فيه من الخطـأ .

١٥٠٤ ـ وان قالوا اخطـأنا وجبت عليهم دية مخففة لانه خطأ لا يتحمـله العاقلة لانها وجبت باعترافهم وهذا يبين لك انهم ليسوا في حكم المكرهين للقاضي .

---

(١) اصل العبارة في جميع النسخ (لأن) ولا يستقيم المعنى بها فابدلنا بها ما ذكر ليستقيم ولتكون العبارة اللاحقة حجة للحنفيـــة على قول الشافعي والحسن وابراهيم . وعلى كل حال فان اسلوب السمناني يســـتدل منه على انه كثيرا ما يبدأ احتجاجه لاقوال منصبه ونقض منصب مخالفيه : بقوله لان .

(٢) كـذا في جميع النسـخ وسـياق الـكلام ان يقول : مخففـة فـي مقابلة مغلظة .

فصــــل

١٥٠٥ ـ وان اتفقوا على ان بعضهم تعمد وبعضهم اخطأ وجب على المخطىء قسطه من الدية المخففة وعلى المتعمد قسطه من الديــة المغلظة ، ولا يجـب عليـــه القود مشاركة المخطىء له .

١٥٠٦ ـ وقال ربيعة [1] :

اذا رجعوا عن القتل والقطع فعليهم العقل ولا عقوبة عليهم لان التائب لا يعاقب مخافة ان لا ينزع أحد [2] ، وان نزع بعضهم واقام بعض كان العقـــل على من نزع .

فصــــل

١٥٠٧ ـ قال الشافعي :

وان اختلفوا فقال بعضهم تعمدنا كلنا وقال بعضهم بل اخطأنا كلنا وجـب على المقر بعمد الجميع القود ، وعلى المقر بخطأ الجميع قسطه من الدية المخففة فجمع بين القود والمال في نفس واحدة .

فصــــل

١٥٠٨ ـ وان كانوا أربعة شهود بالرجم فقال اثنان منهم عمدنا واخطأ هذان وقال الاخران بل عمدنا واخطأ الاولان ففيه قولان :

احدهما انه يجب القود على الجميع لان كل واحد اقر بالعمد .

والثاني لا قود على احد منهم بل يجب على كل واحد قسطه من الديـــة المغلظة لانه لا يؤاخذ احد الا باقراره ، وكل واحد منهم أقر بعمد شاركه فيــه مخطىء فلا يجب عليه القود باقرار غيره بالعمد .

قالوا وهو الصحيح .

---

(١) لعل المقصود به ربيعة الرأى فقيه الحجاز الشهير .

(٢) نزع عن الصبى والامر ينزع نزوعا كف وانتهى وربما قالوا : نزعا (لسان العرب) .

فصـــــل

١٥٠٩ ـ وأن قال اثنان : تعمدنا كلنا ، وقال الآخران عمدنا واخطـــأ الاولان مفعلى الاولين القود وفى الاخرين قولان احدهما يجب عليهما القـــود والثانى وهو المذهب لا يجب ، ويجب عليهما قسطهما من الدية المغلظة •

١٥١٠ ـ وان قال بعضهم عمدت ولا أعلم حال الباقـين ، فـان قال الباقون عمدنا وجب القود على الجميع ، وان قالوا اخطأنا سقط القود على الجميع •

فصـــل

رجوع الشهود بالزنا

١٥١١ ـ واذا شهد اربعة بالزنا ، فان رجعوا قبل القضاء حدوا جميعا ، وان رجعوا بعد القضاء والاستيفاء غرموا الدية ووجب عليهم الحد .

١٥١٢ ـ وقال زفر : يغرمون الدية ولا حد .

١٥١٣ ـ وقال ابن ابى ليلى يقتلون جميعا والشافعى قوله تقدم .

١٥١٤ ـ وان رجع واحد منهم بعد القضاء والحكم والاستيفاء فعلى الراجع ربع الدية والحد فى قول الثلاثة من علمائنا . وقال زفر لاحد لان المقـذوف ميت ولا حد على الثلاثة فى قولهم جميعا .

فصـــل

١٥١٥ ـ وان رجع قبل القضاء والامضاء فعلى الجميع الحد الراجع ومن بقى في قول ابى حنيفة وابى يوسف ومحمد . وقال زفر يحد الراجع وحده ، وهو قول الشافعى .

فصـــل

١٥١٦ ـ وان رجع بعد القضاء قبل الامضاء حد وحد من بقى فى قـول ابى حنيفة وابى يوسف الاخر ، كما لو رجع قبل القضاء .

١٥١٧ ـ وقال محمد يحد الراجع وحده كما بعد الامضاء .

فصـــل

١٥١٨ ـ وان شهد بالحد خمسة فما زاد ثم رجع ما زاد على الاربع فلا حد عليه ولا ضمان لبقاء من يثبت معه الحد من الشهود .

١٥١٩ ـ وكذلك قال الشافعى لا قود على من رجع مع بقاء الاربعة .

١٥٢٠ ـ وهل يجب عليه من الدية شىء ؟

قالوا فيه وجهان احدهما انه لا يجب لبقاء وجوب القتل عليه ، والثانى يجب خمس الدية لان الرجم هو [1] بشهاداتهم والصحيح عندهم مثل قولنا .

فصل

١٥٢١ ـ واذا رجع اثنان من الخمسة وقالوا اخطأنا كلنا ففى الدية وجهان احدهما انهما يضمنان الخمسين اعتبارا بعددهم ، والثانى انهما يضمنان ربع الدية ، وهو قولنا في الرجوع نعتبر ابدا من بقى من الشهود فنثبت به ما ثبت من البينة والباقى ثلاثة ارباع الدية .

فصل
رجوع شهود الإحصان

١٥٢٢ ـ واذا رجع شهود الزنا وشهود الاحصان بعد الرجم فالضمان عندنا على شهود الزنا خاصة ، ولاضمان على شهود الاحصان .

١٥٢٣ ـ وقال زفر الضمان على الفريقين بينهم نصفان بالسوية .

١٥٢٤ ـ وقال اصحاب الشافعي في شهود الاحصان ثلاثة أوجه :

١٥٢٥ ـ احدهما انه لا يجب لانهم لم يشهدوا بما يوجب القتل وهذا قولنا .

والثانى انه يجب على الجميع لان الرجم لم يستوف الا بهم ، وهذا قول زفر .

والثالث انهما ان شهدا بالاحصان قبل ثبوت الزنا يضمنان على وجهين احدهما نصف الدية والثانى يجب عليهما ثلث الدية لانه رجم بشهادة ستة فوجب على الاثنين ثلث الدية .

فصل

١٥٢٦ ـ وان شهد اربعة بالزنا ، وشهد اثنان منهما بالاحصان قبل شهادتهم .

---

(١) فى نسخة قليج : حصل

١٥٢٧ ـ وقال الشافعى تقبل الا فيما يجران بهذه الشهادة الى انفسهما نفعا أو يدفعان بها عنهما غرما •

فصل

١٥٢٨ ـ فان شهدوا رجم الشهود عليه ثم رجعوا فالدية عليهم ارباعا لان شهود الاحصان لا يضمنون •

١٥٢٩ ـ وقال أصحاب الشافعي اذا قلنا يجب الضمان على شهود الاحصان ففي هذه المسئلة وجهان :

أحدهما انه لا يجب لأجل الشهادة بالاحصان بشيء بل يجب على من شهد بالاحصان نصف الدية كأربعة انفس جنا اثنان منهما جنايتين واثنان أربعة جنايات •

والثاني انه يجب الضمان لأجل الشهادة بالاحصان •

واذا قلنا يجب على شاهدى الاحصان نصف الدية وعلى شاهدى الزنا النصف وجب ههنا على الشاهدين بشهادتهما بالاحصان نصف الدية وقسم النصف بينهم نصفين على شاهدى الاحصان النصف وعلى الآخرين النصف فيصير على شاهدى الاحصان ثلاثة أرباع الدية وعلى الاخرين ربعها •

واذا قلنا يجب على شاهدى الاحصان ثلث الدية وجب ههنا عليهما الثلث بشهادتهما بالاحصان وقسم الباقي بينهم نصفين فيصير على شهود الاحصان ثلثا الدية وعلى شهود الزنا الثلث •

فصـــــل

ضمان شهود التزكية

١٥٣٠ ـ واذا شهد على رجل أربعة بالزنا وشهد اثنان بتزكيتهم ثـم بان أن الشهود كانوا كفارا أو عبيدا وجب الضمان لان المرجوم قتل بغير حق ولا شيء على شهود الزنا لانهم يقولون انا شهدنا بالحق ولولى الدم ان يطالب من شاء من الامام والمزكين لان الامام رجم والمزكين الجآه فان طالب الامام رجع على المزكين لانه رجمه بشهادتهما .

وان طالب المزكين لم يرجعا على الامام لأنهما كآلالة له .

وهذا قـــول الشافعي .

١٥٣١ ـ وقال أصحابنا :

ما كان من خطأ الامام فى الحدود فالضمان فى بيت المـــال وما كان من أموال الناس فالضمان على المحكوم له ، وكذلك القصاص .

١٥٣٢ ـ وان رجع المزكون فى الزنا او بان أن الشهود عبيد أو كفار وقد رجم المشهود عليه غرموا الدية فى قول ابي حنيفة .

ضمان الدية

١٥٣٣ ـ وعندنا اذا بان رق الشهود أو كفرهم فالدية فى بيت المال . وهذا فى الزنا .

١٥٣٤ ـ وقد أختلف عن ابي حنيفة في الدية اذا استوفى الولي القود فروى عنه ان ضمان الدية في مال المشهود له [للمشهود عليه][1] . وروى عنه انها عـلى عاقلته ذكره الطحاوي في مختصره[2] .

---

(١) هذه الزيادة من مختصر الطحاوي ، ص ٣٥٠ .

(٢) عبارة الطحاوي في مختصره في هذه المسئلة هي :

« وقد اختلف عن ابي حنيفة رضى الله عنه ، فروى عنه من ذلـك ان ضمان الدية فى مال المشهود له ، وروى عنه انها على عاقلته ، وبه نأخذ .

فصل

الرجوع عن الشهادة بالعتق

١٥٣٥ ـ واذا فهدا بالعتق ثم رجعا بعد الحكم وجب عليهما قيمة العبد لانهما اتلفاه عليه حكما فضمناه كما لو اتلفاه (حقيقة)[١] •

فصل

الرجوع عن الشهادة بالتدبير

١٥٣٦ ـ ولو شهدا بالتدبير ثم رجعا بعد الحكم فعليهما ضمان ما بين قيمة العبد مدبرا الى قيمته غير مدبر •

١٥٣٧ ـ فان مات المولى بعد ذلك وعتق العبد من الثلث كان عليهما ضمان بقية قيمته عبدا للورثة •

فصل

الرجوع عن الشهادة بالكتابة

١٥٣٨ ـ ولو شهدا بالكتابة انه كاتبه على الفي درهم الى سنة وقيمة العبد ألف فقضى بذلك ثم رجعا فان المولى بالخيار ان شاء ضمن الشاهدين الف درهم حالة وان شاء اتبع المكاتب بالفي درهم ، الخيار له ، فان ضمن الشاهدين رجعا على المكاتب بمال الكتابة الى أجله فاذا قضيا ذلك احتسبا من ذلك ألف درهم لانفسهما وتصدقا بالفضل من ذلك لانه ربح ما لم يضمن [٢] •

١٥٣٩ ـ واى الوجهين كان وعتق المكاتب فان ولاءه لمولاه •

ولو لم يعتق المكاتب وعجز فعاد رقيقا برىء الشاهدان من الضمان ووجب على المولى رد شيء ان كان قبضة منهما من قيمته عليهما [٣] •

---

(١) زدنا ما بين قوسين لتستقيم الجملة ولم ترد هذه الزيادة فى نسخة قليج • وقد وردت هذه المسألة فى مختصر الطحاوى (ص ٣٤٨) وزاد فيها قوله : ويكون ولاؤه لمولاه دونهما •

(٢) مختصر الطحاوى (ص ٣٤٨ ـ ٣٤٩) •

(٣) ايضا (ص ٣٤٩) •

فصــــل

رجوع شاهدي الطلاق

١٥٤٠ ـ وان شهد شاهدان انه طلق امرأته ثم رجعا بعد الحكم ، فان كان بعد الدخول فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا عليه ماله قيمة فصار كما لو اتلفاهـا •

١٥٤١ ـ وقال الشافعي :

يجب عليهما مهر المثل لأنهما اتلفا عليه مقوما كما لو اتلفا ماله قيمة •

١٥٤٢ ـ وان كان قبل الدخول رجع على الشاهدين بنصف الصداق ان كان لها مسمى ، وان كان الواجب لها المتعة فعليهما ما يقضى عليه من ذلك لانهما قررا عليه ما هو بعرض السقوط •

١٥٤٣ ـ ولاصحاب الشافعي طريقان في وجوب الضمان •

فصــــل

رجوع شاهدي الطلاق وشاهدي الدخول

١٥٤٤ ـ واذا شهد اثنان بالطلاق وآخران بالدخول ، ثم رجع الجميع ، والصداق المقضى به لها الف فان القاضي يقضي بضمان الصداق عليهم ارباعا ، على شاهدى الطلاق من ذلك الربع وعلى شاهدى الدخول من ذلك ثلاثة ارباعه •

فصــــل

١٥٤٥ ـ واذا شهدا بالنكاح وهى تجحد على صداق الف ، ثم رجعا ، فالنكاح بحاله ونظر الى الالف فان كان قدر مهر المثل فلا ضمان عليهما وان كان ناقصا عن مهر المثل لم يضمنا ايضا لانهما اتلفا ما ليس له قيمة [١] •

١٥٤٦ ـ وعن ابي يوسف انهما يضمنان تمام مهر المثل[٢] •

---

(١) مختصر الطحاوى ، ص ٣٤٥ •

(٢) لم يرد قول ابى يوسف فى مختصر الطحاوى ، ص ٣٤٥ •

١٥٤٧ ـ وان كانت المرأة هى المدعية ضمنا للزوج ما زاد على قدر مهر المرأة لأنه مال اتلفاه عليه •

فصل

رجوع شاهدي البيع

١٥٤٨ ـ واذا شهدا بالبيع وقضى به القاضى وسلم المبيع ثم رجعا فان كان الثمن بقيمة المبيع فلا رجوع عليهما بحال ، وان كن فى ذلك نقص عن (قيمة) المبيع رجع عليهما بتمام القيمة وفاضل الثمن ايهما كان المنكر بخلاف النكاح فى ذلك •

فصل

رجوع شاهدي الإجارة

١٥٤٩ ـ وان كان رجوعهما عن الاجارة :

ان كان المدعى صاحب الدار فلا ضمان عليهما فيما زاد من اجرة المثل وانما ينظر الى الاجرة المقضي بها فان كانت المنفعة التي استوفاها المستأجر فيها بقيمة الاجرة فلا شيء عليهما وان كانت أكثر من القيمة رجع بالفضل عليهما •

فصل

رجوع الشاهدين في شهادتهما على ولي المقتول بالعفو عن القاتل

١٥٥٠ ـ واذا شهدا على ولي المقتول بالعفو عن القاتل وقضي عليه بذلك ثم رجعا عن الشهادة فان أبا حنيفة ومحمدا قالا لا ضمان عليهما ، وهو قول ابي يوسف الذى رواه محمد ، وروى أصحاب الامالى عن أبى يوسف انه قال عليهما ضمان الدية لولي المقتول •

رجوع الشاهدين على الصلح بين ولي المقتول والقاتل على مال

١٥٥١ ـ ولو لم يشهد على العفو ولكنهما شهدا على القاتل انه صالح ولي المقتول من الدم على مال ثم رجعا عن شادتهما فانه ينظر فيما شهدا عليه من المال:

فان كان مقدار الدية أو دونها فلا ضمان عليهما ، وان كان أفضل من ذلك فعليهما ضمان الفضل لان العفو ليس بمال ، وما زاد على الدية فقد اتلفاه عليه •

فصـــــل

العدد في الرجوع

١٥٥٢ ـ واذا شهد رجل وامرأتان بالمال ثم رجعوا وجب على الرجل النصف وعلى كل واحدة من النساء الربع لان كل امرأتين كالرجل •

١٥٥٣ ـ وان شهد ثلاثة رجال ثم رجعوا وجب على كل واحد الثلث وان رجع واحد وبقي اثنان فلا ضمان عليه عندنا •

١٥٥٤ ـ وقال أصحاب الشافعي يلزمه ضمان الثلث لان المال يثبت بشهادة الجميع فى أحد الوجهين ، والثانى مثل قولنا •

فصـــــل

١٥٥٥ ـ فان رجع اثنان وبقي واحد فعلى الراجعين النصف كل واحد الربع •

١٥٥٦ ـ وان شهد رجلان وامرأة وقضى بالحق ثم رجعوا جميعا فالضمان على الرجلين دون المرأة •

فصـــــل

رجوع عن شهادة شهد فيها رجل وعشر نسوة

١٥٥٧ ـ وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا عن الشهادة فعلى الرجل السدس وعلى النسوة خمسة أسداس ، لان كل امرأتين برجل • وقال أبو يوسف ومحمد على الرجل النصف وعلى جميع النسوة النصف ولاصحاب الشافعي وجهان مثل الخلاف بين أصحابنا •

١٥٥٨ ـ قالوا والمذهب قول ابى حنيفة [1] •

فصـــــل

١٥٥٩ ـ وان رجع ثماني نسوة فلا ضمان عليهن عند اصحابنا جميعا •

---

(١) صرح الطحاوي في مختصره (ص ٣٤٧) انه يأخذ بقول ابى يوسف ومحمد فى هذه المسألة •

١٥٦٠ ـ قال أصحاب الشافعي وهو الصحيح عندنا •

١٥٦١ ـ وان رجع تسع نسوة فعليهن الربع لانه بقى ما يثبت به ثلاثة أرباع الحق •

١٥٦٢ ـ ولو رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق لأنه قد بقى امرأتان تشهدان بالحق •

فصل

١٥٦٣ ـ واذا شهد ذميان على ذمي بخمر ثم رجعا فاسلم المطلوب فلا ضمان على الشاهدين وان اسلم الشاهدان يضمنان فى قول محمد وهذا مثل غصب الخمر •

فصل

١٥٦٤ ـ واذا شهد شاهدان على شهادة اربعة ، وشهد آخران على شهادة شاهدين ثم رجع الفريقان فأبو يوسف يجعل الضمان على من شهد على الاربعة الثلثان والثلث على من شهد للاثنين [1] •

١٥٦٥ ـ وقال محمد الضمان على الفريقين نصفان •

١٥٦٦ ـ واذا شهد اثنان على اثنين وشهد اثنان على آخرين ثم رجع من كل واحد من الفريقين واحد ، فنصف الضمان على الراجعين في رواية الاصل ، ويقال انه قول ابي يوسف •

١٥٦٧ ـ وقال فى الجامع الكبير : على الراجعين ثمنان ونصف ثمن ، ويقال هو قول محمد •

فصل

١٥٦٨ ـ واذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وقضي وحضر الاولان فانكرا الاشهاد فلا ضمان على أحد الفريقين فى قولهم جميعا •

١٥٦٩ ـ ولو أقرا بالاشهاد ورجعا وقالا كذبنا فلا ضمان عليهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف •

---

(١) فى نسخة قليج : على الاثنين •

١٥٧٠ ـ وقال محمد يجب الضمان •

١٥٧١ ـ ولو رجع شهود الفرع ضمنا في قولهم جميعا •

١٥٧٢ ـ وقال الخصاف ان محمدا روى انه لاشيء على شاهدي الاصل اذا رجعا •

١٥٧٣ ـ وقال روى أبو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة انه قال :

ان قالا قد اشهدناهما ورجعنا ضمنا ذلك الحق ، وان قالا لم نشهدهما بهذه الشهادة وما شهد به عنا باطل لم يكن عليهما ضمان •

فصل

١٥٧٤ ـ ولو قال شهود الفرع : قد اشهدانا بهذه الشهادة ولكنهما كذبا فيها وقد نفذ الحكم لم يلتفت الى هذا القول ولا يلزمهما بذلك الضمان لانهما لم يرجعا عن شهادتهما •

١٥٧٥ ـ وكذلك لو قالا قد اشهدانا وقد رجعا أو أخبرنا انهما قد رجعا فعليهما الضمان •

١٥٧٦ ـ ولو قالا لم يشهدانا بهذه الشهادة او قد غلطا في هذه الشهادة فعليهما الضمان على شهود الفرع •

١٥٧٧ ـ وان قال الاولان : قد كنا اشهدناهما بذلك وقد رجعنا لانا توهمنا فالضمان على شهود الفرع •

١٥٧٨ ـ ولو كان قال الالان :

لم نشهدهما ولكنا نحن نشهد بذلك وهو حق ثابت على المطلوب فالضمان على الذين شهدوا عند الحاكم •

فصل

١٥٧٩ ـ وان ادعى الخصم على الشهود انهما قد رجعا عن شهادتهما وهما ينكران ذلك لم يكونا خصمين •

١٥٨٠ ـ وان أقام بينه لم تسمع عليهما[١] •

---

(١) مختصر الطحاوى (ص ٣٤٩) •

فصـــل

رجوع شاهدي الهبة

١٥٨١ ـ واذا شهدا بالهبة وهو يجحد فقضي عليه بذلك ثم رجع الشاهدان فعليهما ضمان قيمة ما شهدا به للمشهود عليه ، فاذا قبض ذلك لم يكن لـــه الرجوع عن الهبة أبدا لانه قد اعتاض عن ذلك[١] .

فصـــل

١٥٨٢ ـ واذا شهدا على رجل انه أقر ان هذه الامة ولدت منه وهو ينكر فقضي بشهادتهما عليه بذلك ثم رجعا عن شهادتهما كان له عليهما ضمان مابين قيمتها مملوكة وقيمتها أم ولد ، فان توفي المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهمـــا بقية قيمتها أمة يرد ذلك الى تركة مولاها فيكون حكمه حكمها .

١٥٨٣ ـ ولو كانا شهد أن مولاهـا أقـر أنها ولدت منه أبنا لها في يده ، والمسألة على حالها كان عليهما لمولاها في الامة ما ذكرنا وفي الولد ضمان قيمته .

١٥٨٤ ـ فأن قبض المولى ذلك ثم مات فورثه هذا الابن ، كان عليه ان يرد على الشاهدين مما ورث مثل ما أخذه (المورث) من الشاهدين في حياته من قيمة أمه[٢] لأنه يقول ان الميت أخذ ذلك ظلما وانه باق في تركته لهما .

١٥٨٥ ـ واذ قد ذكرنا حكم الشهادات والرجوع عنها فقد بقي لنا علم القاضي وما يجوز الحكم به والمحاضر وكيفية ذلك .

---

(١) أي ان رجوعه يعد كسبا بدون حق ، لان العوض قد وصله ولو من غير الموهوب له .

(٢) في مختصر الطحاوي (ص ٣٤٨) من قيمته ومن قيمة أمه .

باب

علم القاضي وما يجوز أن يقضي فيه بعلمه وما لا يجوز

١٥٨٦ ـ أعلم ان علم القاضي طريق الى القضاء في حال دون حال ، وعلى صفة دون صفة وفي حق دون حق •

وينقسم في الحكم به كما ينقسم أمر البينة •

١٥٨٧ ـ وانما يحصل له العلم بأن يسمع قولا يجب به على قائله حق او يجب به على غيره أو يشاهد فعلا يلزم لفاعله أو لغير فاعله •

١٥٨٨ ـ وعلم القاضي يكون على ضروب منه ما يعلم به قبل البلوغ وقبل الولاية من الاقوال التي يسمعها والافعال التي يشاهدها ، ومنه ما يعلمه بعد البلوغ قبل الولاية ، ومنه ما يعلمه بعد الولاية ولكنه في غير عمله الذي وليه ، ومنه ما يعلمه بعد الولاية في عمله الذي وليه :

علمه قبل البلوغ والولاية

١٥٨٩ ـ أما ما علمه قبل البلوغ والولاية في غير عمله ثم ولي وحضر عمله فدفع اليه ما سمع من العقود او شاهد من الافعال التي يتعلق بها الاحكام فإن ابا حنيفة يقول : لا يقضي بعلمه في شيء من ذلك بحال •

١٥٩٠ ـ وروى الخصاف عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في الاملاء انه قال :

ـ لو سمع طلاق أمرأته او عتق أمته ثم استقضي فرفع اليه ذلك فأنه يحول بين الرجل وبين المرأة والامة ولا يقضي به ولا يحكم بالطلاق والعتاق[1] •

١٥٩١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يقضي بما علمه قبل الولاية في غير عمله في جميع الحقوق والاموال وعلمه أكثر من الشهادة عنده لانه يقين •

١٥٩٢ ـ وقالا لا يحكم في الحد والزنا والسرقة وشرب الخمر والسكر بعلمه •

---

(١) هذه حالة طريفة يحال فيها بين الرجل وبين زوجته ويمنع الزوج من معاشرة زوجته دون ان يحكم بالطلاق •

١٥٩٣ ـ وللشافعي قولان :

احدهما لا يقضي بعلمه فى شيء

والثاني انه يقضى فى كل شيء

١٥٩٤ ـ وقد ذكر أبو موسى الضرير فى مختصره ان من أصحابنا من قال يقضي بعلمه فى كل شيء حتى الحدود •

قال أبو حنيفة :

وانما لم يجز لانه بمنزلة الشاهد وقول الشاهد لا يقضي به في الحقوق •

١٥٩٥ ـ واتفق جميع الفقهاء على انه لو شهد عنده قبل الولاية في غير عمله انه لا يقضي به فى عمله •

فجعل أبو حنيفة علمه كذلك •

فصـــــل

علمه في عمله بعد الولاية

١٥٩٦ ـ وأما علمه فى عمله وبعد الولاية فانه يقضي به عندهم جميعا فى الاشياء الا الحدود فانه لا يقضى بها ، واستثنوا من ذلك حد القذف فقالوا يقضي به •

وهذا قول أصحابنا •

١٥٩٧ ـ وروى عن محمد بن الحسن أنه لا يقضي حتى يكون معه في المال شاهد آخر وفى الزنا ثلاثة عدول •

وقد قال به بعض أصحاب الشافعي •

فصـــــل

١٥٩٨ ـ وقال أبو حنيفة وابو يوسف •

اذا قال الحاكم [لرجل ان هذا الرجل][1]لآخر : انه ثبت عندي ان هذا الرجل قد سرق ما يجب القطع به وقد حكمت به عليه فأقطع يده وسع المأثور قطع يده •

---

(١) ما بين موسى من مختصر الطحاوي ، ص ٣٣٧ •

وكذلك ان قال ذلك في الزنا وهو محصن وسعه الرجم •

١٥٩٩ ـ وقال محمد في آخر قوليه على ما حكاه الطحاوى في المختصر[٢] انه لا يسعه ذلك حتى يكون القاضي عدلا عنده وغير متهم ، ويكون معه فى الزنا ثلاثة سواه عدول وفي السرقة آخر ، وقياس قوله في المال مثل ذلك •

فصـــــل

١٦٠٠ ـ ولو ان رجلا قال للقاضي :

ـ انك حكمت لي على فلان بكذا والقاضي لا يذكر ذلك وأحضر المدعي بينة تشهد على القاضي بما ادعاه فان أبا يوسف قال : لا يجيبه الى ذلك ،ولا يسمع من البينة ذلك لانها تشهد على انه كان منه ما لا يعلمه من نفسه •

١٦٠١ ـ وقال محمد : يجيبه الى ذلك ويسمع من البينة ويقضي به اذا ثبت عنده •

١٦٠٢ ـ وبه قال سماعيل بن حماد بن ابي حنيفة ، وقال : انا أقبل ذلك ، ووافقه محمد بن سماعة وقالا :

ليس هذا أكثر من قضية قاض دفعت اليه وهو لا يعلمها •

١٦٠٣ ـ وفرق ابو يوسف بين المسألتين بأنه لم يوجد في قضيته غير البينة، فاما حكمه فهو بمنزلة الشهادة لا يقوم بذلك الا ان يذكره ، وفرق بينه وبين ما وجد في ديوانه بأنه تحت ختمه فلا يؤثر ذكره فيه •

١٦٠٤ ـ واختلف أصحاب الشافعي في ذلك على وجهين كالخلاف الذى بينـــاه •

وذهب كل واحد من أصحابه الى قول واحد من أصحابنا •

فصـــــل

نسيان القاضي ما في ديوانه

١٦٠٥ ـ وقال أبو حنيفة :

---

(١) تفصيل ذلك في مختصر الطحاوي ، ص ٣٣٧ •

(٢) يستفاد مما جاء في مختصر الطحـاوى (ص ٣٣٧) إن مقصوده ان « قول القاضى أقر عندى هذا الرجل الخ » يقبل عند ابى حنيفة وابى يوسف وإن لمحمد قولين أحدهما كقولهما وقياس الثانى ان قول القاضى بذلك لا يقبل » •

« وكل أمر يجده الحاكم فى ديوانه وتحت ختمه وهو لا يذكره فإنه لا يقضي به » •

١٦٠٦ ـ وقال ابو يوسف ومحمد :

يحكم بذلك كله لانه لا يتذكر كلما عنده •

١٦٠٧ ـ واختار الشافعي قول أبي حنيفة •

شهادة كاتبي القاضي

١٦٠٨ ـ وقال محمد : لو ضاع محضر رجل من الديوان او لم يكتب محضر فشهد كاتبا القاضي عنده ان شهود هذا المحضر شهدوا عندهما بما كان في محضره وهو كذا والقاضى لا يذكر ذلك ، لم يقبل شهادتهما لانهما لم يشهدا بالحق ولا شهدا على شهادة الشهود •

١٦٠٩ ـ وقد ذكرنا فى الشهادة على الشهادة ان لاصحاب الشافعى ثلاثة اوجه فى تحمل شهود الفرع فى أحدهما انه يجوز مثل هذا من كاتبى الحاكم •

١٦١٠ ـ واتفق الفريقان انه لو قال الكاتبان ـ والمحضر قد ضاع ـ :

ان المقر فى المحضر كان قد أقر عندك بكذا وسمعناه حين أقر بذلك فانه يقبل هذه الشهادة على اقراره لا باقراره عنده •

فصـــــل

ما يجده القاضي في ديوان غيره

١٦١١ ـ وما وجد فى ديوان غيره ممن تقدمه من اقرار او بينة لم ينفذه ، ويستأنف الحكم •

١٦١٢ ـ وهذا لا خلاف فيه لأنه غير مشهود به عنده •

فصـــــل

عزل عن القضاء ثم رد إليه

١٦١٣ ـ ولو عزل عن القضاء ورد اليه فان أبا يوسف قال :

لا يقضي بشيء مما كن في ديوانه الاول الا ما كان يذكره من اقرار لرجل بحق ما وان لم يذكره لم يحكم به ، ولا يحكم بالبينة وان ذكرها حتى يعيدها فيشهد عنده دفعة أخرى ، لان هذا عمل مستأنف .

فصل

ما يحكم به القاضي

١٦١٤ ـ وما يحكم به القاضي على ثلاثة أوجه :

منها ما يثبته بالبينة من الاحكام .

ومنها ما يثبته بعلمه من ذلك .

ومنها ما يحكم به غيره ويرتفع اليه أما بينة او كتاب حكمي يصل اليه . أو اعلام اعلمه قاض غيره .

لا ينقض القاضي حكمه باجتهاد جديد

١٦١٥ ـ فاما ما يثبته من الحكم عن نفسه فليس له ان يتعرض لفسخه بعد ذلك ولا ابطاله الا ان يخالف النص المعلوم او المعمول به باجماع الامة ولا ينقضه باجتهاد اظهر عنده من الاول ، بل يستأنف الحكم والقضاء ولا يرد الاول .

١٦١٦ ـ وان كان في ذلك خلاف ، فقضى بخلاف رأيه ومذهبه ، وهو لا يذكر ذلك ولكن على ما قضى به بعض العلماء فان أبا حنيفة قال :

ـ يمضي هذا الفصل ولا يرجع عنه .

١٦١٧ ـ وقال أبو يوسف :

يرد ذلك ، ويقضي بما كان عليه رأيه ، وهذا كحكمه بما يذهب اليه الشافعي أو مالك في مسألة يخالف ابو حنيفة والقاضي على مذهب ابي حنيفة ، والمسائل على ذلك كثيرة .

فصـــــل

هل ينقض الحاكم حكم غيره؟

١٦١٨ ـ فاما ما حكم به غيره ويرفع اليه فمن ذلك ما يجب عليه امضاؤه وتنفيذه ومنها ما يجب عليه ابطاله ونقضه ، ومنها ما يدعه لا يحكم به ولا يرده .

نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً

١٦١٩ ـ اعلم ان الفقهاء اختلفوا في حكم الحاكم هل ينفذ ظاهرا او باطنا ام لا ؟ فقال أبو حنيفة :

كل حكم يملك الحاكم انشاء مثله بولاية الحكم ، فانه اذا حكم به ينفذ ظاهرا وباطنا ويجعل الحلال حراما والحرام عليه حلالا .

وكل ما ليس له فعل مثله بولاية الحكم لا ينفذ الا في الظاهر .

١٦٢٠ ـ وقال أبو يوسف ومحمد :

حكم الحاكم لا يغير صفة المحكوم به فانه على ما كان عليه عند الله ، وانما ينفذ في الظاهر خاصة ، وهو قول الشافعي .

١٦٢١ ـ ومثال الاول العقود التي يملكها على الصغار والكبار ، والثاني الغصوب والجنايات والاموال الظاهرة .

ما ورد في القضاء بالظاهر من الآثار

١٦٢٢ ـ ونحن نذكر من ذلك مسائل ليعرف الحال فيها ، ونقدم ما روى في ذلك من الآثار ليكون القاضي قد عرف الحال وما يترتب عليه :

الأثر الأول

١٦٢٣ ـ فروت أم سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :

ـ انكم تختصمون الي وان بعضكم الحن بحجته من بعض ، وانما انا بشر ، فمن قضيت له من مال أخيه شيئا فلا يأخذه ، انما اقطع له قطعة من النار .

١٦٢٤ ـ وقد ذكر الفقهاء خبر ابي هريرة عنه عليه السلام ان رجلين احتكما اليه احدهما أعلم بالخصومة والاخر بها جاهل فلم يلبث العالم ان قضى له فقام فمضى المقضى له وبقى المقضى عليه فقال :

ـ والله الذى لا اله الا هو ان حقي لحق •

فقال عليه السلام :

عليّ بالرجل

فأتى به فأخبره بما كان من الاخر فقال :

ـ ان شئت عاودته فعوده فلم يلبث ان قضى له فقام الرجل وحلف الاخر فلم يزل كذلك يفعل ثلاث مرات فقال الرابعة ان شئت عاودته ولكن أعلم ان من اقتطع بخصومته وجدله مال امرىء مسلم بغير حق فانما يقطع قطعة من النار •

فقال الرجل فان الحق معه •

وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم متكأ فجلس فقال :

ـ من اقتطع بخصومته وجد له مال امرىء مسلم بغير حق فليتبوأ مقعده من النار[1] •

قال أبو هريرة :

فكانت الآخرة أشد من الاولى •

١٦٢٥ ـ وروى المقداد[2] عن أبيه ان رجلا خطب امرأة وهو دونها في الحسب فأبت ان تتزوجه فأدعى أنه تزوجها وأقام شاهدين عند علي بن أبي طالب رضي عنه فقالت :

ـ اني لم اتزوجه

قال :

قد زوجك الشاهدان •

وأمضى عليها النكاح •

١٦٢٦ ـ قال أبو يوسف :

---

(١) هذه صياغة خلقية دينية لقاعدة إلكسب دون سبب •

(٢) في النسختين المقدام •

وكتب الى سعيد يرويه عن يزيد ان رجلين شهدا على رجل انه طلق امرأته بزور ففرق القاضي بينهما ، ثم تزوجها أحد الشاهدين •

قال الشعبي :

ذلك جائز •

١٦٢٧ ـ فجعل أبو حنيفة ما روى عن النبي عليه السلام محمولا على الاموال الظاهرة والجنايات وما روى علي رضى الله عنه والشعبي محمولا على العقود وجمع بين العملين •

١٦٢٨ ـ فعلى هذا الاصل امرأة استأجرت رجلين فشهدا لها على زوجها بالطلاق الثلاث وهو زور ففرق بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين فهو جائز وتحل للشاهد وتحرم على الزوج الاول عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي تقع الفرقة في الظاهر دون الباطن ولا يحل لها ان تتزوج بأحد من الناس ولا بأحد الشاهدين ، ولا يتزوج الرجل باختها ولا اربعا سواها ، وقالوا مع هذا القول أنها لا يمكن الزوج الاول ان يطأها ولا يخلو بها •

١٦٢٩ ـ وقال أبو حنيفة •

« فلو كان النكاح قائما بعد الفرقة ثابتا بين الزوجين لكان اذا وطئها بعد ذلك لا يحد واحد منهما وقد قالوا يحد •

١٦٣٠ ـ وقالوا لو تزوجها رجل جاهل بحالها كانت حلالا له فكيف يحل فرج واحد لاثنين ؟ ولو بلى الثاني بمثل ما بلى به الاول لكان لآخر ان يتزوجها فيؤدي الى ان تكون حلالاً لجماعة رجال في حالة واحدة وهذا لا يجوز •

١٦٣١ ـ وأبو حنيفة جعل فرقة القاضي طلاقا لأنه يملك الطلاق على العنين والمؤلى اذا لم يفيء الى زوجته ويزوج من لا ولي لها ، فاذا حكم بالنكاح والطلاق صار من طريق الحكم كأنه هو الذى طلق بنفسه وتزوج بنفسه وباع ورد بالعيب•

١٦٣٢ ـ وقد اتفق الجميع على انه اذا فرق في اللعان وكان الزوج كاذبا عليها ان الفرقة تقع في الظاهر والباطن وتحل لسائر الناس وتحرم على الزوج •

١٦٣٣ ـ وهذا قول الشافعي في اللعان •

---

(١) هذا مثال اخر للتفرقة بين زوجين تعتبر الزجية قائمة بينهما •

١٦٣٤ ـ وابو يوسف ومحمد قالا فى الكل انما يقع في الظاهر ، واللعان والطلاق سواء فى ذلك ، وهذا حكم النكاح والطلاق والعتاق والاقالة والبيع والرد بالعيب •

١٦٣٥ ـ واما اذا ادعى مالا في يد غيره أو حيوانا او رقيقا او مهما كان وشهد له شهود زور فقضى له بذلك لم يسعه ان يأكل ذلك ولا يسع احد الشاهدين ان يشتري ذلك ولا يأكله ان ورثه وان قدر المحكوم عليه على أخذ ذلك وتغييبه عن الذى قضى له به وسعه ذلك ، ولكن فى الجارية لا يحل له ان يطأها خوفا من وجوب الحد عليه ، فاما ان سرقها وغيبها فانها تحل له •

١٦٣٦ ـ وان اشترى رجل جاهلا بالحال ذلك المقضى به وسعه التصرف فيه •

١٦٣٧ ـ واذا شهد له بقتل ولي له بالزور فقضي بالقصاص او الدية لم يكن له ذلك ، وكان محرما عليه ، وكذلك هبة المال فى رواية وفى أخرى هو مثل العقود •

١٦٣٨ ـ ومسائل هذا الباب كثيرة والاصل فيها واحد •

فصـــــل

ما لا يمضيه القاضي من أقضية غيره

١٦٣٩ ـ واذا ثبت ذلك ثم رفع هذا الحكم الى قاض اخر فكل ما كان من قضاء سائغ غير شنيع امضاه وان كان جورا او خلاف نص او اجماع لم يمضه •

١٦٤٠ ـ وان كان الاول فاسقا او محدودا أو ممن لا يجوز شهادته ، لو شهد لم ينفذ حكمه ، وينفذ ما فيه خلاف بين الفقهاء وان كان خلاف رأيه الا فى مسائل نذكرها فى فصل مفرد استثناها اصحابنا •

١٦٤١ ـ فان نقضه الثاني ثم ارتفع الى ثالث نفذ قضاء الاول وابطل قضاء الثاني ، وهذا مثل ان يحكم حاكم بانه اذا زنا بامرأة لم تحرم الزوجة ولا وطىء بنتها وقضى بصحة نكاح المرأة ثم رفع ذلك الى من يرى تحريمها بذلك الفعل أمضى النكاح ونفذ قضاء الاول لانه مختلف فيه •

١٦٤٢ ـ واختلف اصحابنا فى الزوج فمنهم من قال ان كان يعلم ان ذلك الفعل يحرم لم يسعه المقام مع الزوجة ، وان كان جاهلا وسعه المقام .

١٦٤٣ ـ وكذلك خال الزوجة ، وكذلك لو حلف فقال ان تزوجت فلانة فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة فرافعته الى من يرى ابطال يمينه نحكم بابطالها ورفعت بعد ذلك الى من يرى صحتها بعد الحكم الاول وجعلها زوجـــة وحكم الزوج والزوجة في ذلك[١] سواء ان كان يعلم ان ذلك عامل فيه[٢] لم يسعه المقام . وان كان جاهلا وسعه المقام .

١٦٤٤ ـ ومنهم من قال يسعه المقام فى الحالين .

١٦٤٥ ـ وكذلك طلاق المكره اذا ابطله ثم رفع الى آخر فاوقعه ثم رفع الى ثالث نفذ الاول وابطل الثاني .

١٦٤٦ ـ وكذلك اذا قضى بالقافه[٣] والقرعـة في رقيق الميت أو رد نـكاح امرأة بعيب .

١٦٤٧ ـ وكل ما لا يخالف نصا او كتابا او سنة او اجماعا فانه ينفذ وهـذا قول اصحابنا .

١٦٤٨ ـ وقال الشافعي :

ـ ان كان القاضى الاول عاميا وحكم ابطل حكمه وجعله كمن لا ينفذ حكمه اذا حكم .

فصـــــل

١٦٤٩ ـ واختلف اصحابنا فيمن قضى بالشاهد واليمين او بقتل في قسامة

---

(١) فى نسخة قليج فى التحريم .

(٢) اى مؤثر فيه .

(٣) في نسخة قليج بالناقة والظاهر أنها القيافة جاء فى لسان العرب فى مادة (قوف) ان القائف الـذى يعـرف الاثـار ، يقال قفت أثره اذا تتبعته ، مثل قفوت أثره ... ويقال هو اقوف الناس ، وفى الحديـث أن مجززا كان قائفـا ، القائف الذى يتتبع الاثار ويعرفها ، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه ، ويقال : فلان يقوف الاثر ويقتافه قيافه مثل قفا الاثر واقتفاه ، ابن سيده: قاف الاثر قيافة واقتافه اقتيافا ، وقافه يقوفه قوفا ، وتقوفه تتبعه .

أو بيع ام ولد او متعة الى أجل ، واذا قضى على من اعتق نصف عبده أو نصف امته فقضى بابطال ذلك او قضى بالخلاص في الدار والرقيق أو بابطال حقه لتركه سنين لم يطالب من دار ، او لا حق للنساء في القود وانه للاولياء فانه ينقض القضاء في هذا كله عند اكثر اصحابنا .

١٦٥٠ ـ وحكى ذلك الخصاف من غير خلاف

وقال غيره من اصحابنا ان ذلك كله ينفذ ولا يبطله .

١٦٥١ ـ واذا كان الجاني حيا فهو موضع الخلاف وان كان قد أقيد لم يحكم في ذلك بشيء .

١٦٥٢ ـ ولو قضى برد عبد اصابته حمى عند المشترى فرد على بائعه بغير بينة ولا اقرار فانه يبطله ولا ينفذه .

١٦٥٣ ـ واذا حكم بابطال ما فعلت المرأة بغير اذن زوجها في بيع وتصرف ورفع الى اخر ابطل ذلك واجاز تصرفها اذا كانت بالغة عاقلة وحكمها في ذلك حكم الرجل ، وبهذا جاء الشرع والقرآن .

١٦٥٤ ـ وكذلك اذا دفع اليها المهر قبل الدخول فاشترت به الجهاز ثم طلقها قبل الدخول فقضى المزوج بنصف الجهاز ثم رفع الى قاض ابطله ولم ينفذه لانه غير المفروض .

١٦٥٥ ـ واذا طلق امرأته وهي حبلى او حائض او قبل الدخول بها فقضى قاض بابطال ذلك أو نقضه ثم رفع الى من لا يرى ذلك ابطله ونفذ على الزوج ما كان منه .

١٦٥٦ ـ وقالوا لو ضرب قاض رجلا حدا في التعريض وابطل شهادته ابطلنا الحد واطلقنا شهادته .

١٦٥٧ ـ وان قضى في العنين انه لا يؤجل نقضه واجل العنين لانه خلاف الاجماع من العلماء .

١٦٥٨ ـ وان قضى بما فيه خلاف متقدم فان كان خطأ عند العلماء رد ذلك .

١٦٥٩ ـ وان كان عند اهل زمانه أنه صواب انفذه .

١٦٦٠ ـ وانما يرد ما كان خلاف العلماء وخارجا عن لسان الامة والكتاب والسـنة •

١٦٦١ ـ وقالوا لو كان له مال على آخر فقال ان لم أقضك اليوم فأمرأتي طالق ثلاثا وعبدى حر فتغيب عنه المطالب فخشى المطلوب ان يحنث فرفع ذلك الى الحاكم وأخبره بالحال فنصب وكيلا وأمره بقبض المال وحكم بذلك ثم رفع الى آخر قال أبو وسف : لا يجوز هذا وقال غيره من اصحابنا يجوز •

وهو قياس قول الشافعي •

١٦٦٢ ـ وقالوا فى رجل قدم رجلا وقال :

لابى على هذا الرجل مال ، وابى غائب واخاف ان يتوارى هذا فرأى قاض ان يجعله وكيلا لابيه وقبل بينته على المال وحكم به ثم رفع الى آخـر ابطله •

١٦٦٣ ـ قالوا ويستحسن ان يجيز هذا فى المفقود ان جعل ابنه وكيلا فى طلب حقوق ابيه •

فصـــــل
فسق القاضي بعد الحكم وما إليه

١٦٦٤ ـ واذا بان ان القاضي عبد او محدود في قذف أو فاسق او مرتش في الحكم منذ ولى فان قضاءه يرد ولا ينفذ منه شيء •

١٦٦٥ ـ وان و لى وهو أمين فقضى وحكم ثم فسق بعد ذلك او عمى او صـار الى حالة لا تنفذ احكامه فما كان قبل ذلك نفذ وما كان بعد تلك الحالة لا •

١٦٦٦ ـ وحكى القدورى فى التجريد فى كتاب النكاح ان من اصحابنـا من قال اذا فسق فهو على حكمه الى ان يخرجه الامام من القضاء وليس هــذا بالمذهب وانما ارتكبه فى مسئلة الفاسق هل يكون وليا •

١٦٦٧ ـ والمرأة اذا قضت في الحدود والقصاص ترد ، ولا يرد قضاؤها فيما تجوز شهادتها فيه •

فصـــــل
قضاء القاضي لمن ولاه ولولد الإمام

١٦٦٨ ـ ويجوز قضاء القاضى لمن ولاه وعليـــه ويجوز قضاؤه لولـــد الامام وعليه •

١٦٦٩ ـ ويجوز قضاؤه لاخيه واخته وعمه وخاله وخالته وعمته •

١٦٧٠ ـ ولقاضي القضاة وعليه •

١٦٧١ ـ ولكل من تجوز شهادته له •

فصـــــل

من لا يجوز قضاؤه له

١٦٧٢ ـ ولا يجوز ان يقضي لولده ولا ولد ولده وان سفل ، ولا لابيه ولا لجده وآبائه وان علو •

ولا لزوجته ولا عبده المأذون ولا مكاتبه وان كان على عبده دين او لم يكن

من يجوز قضاؤه له

١٦٧٣ ـ ويجوز قضاؤه لاب امرأته ولامها وسائر قرابتها ، ولا يقضي لهم بعد الموت اذا كانت الزوجة وارثة •

وكذلك زوجة الابن والاب والجد يجوز فى حالة الحياة ، ولا يجوز بعد الموت اذا كان وارثا •

١٦٧٤ ـ وقالوا لو قدم اليه من لا يجوز قضاؤه من سائر ما ذكرنا فانه لا ينظر بينهما •

فان فعل وتوجه الحكم على من لا يجوز قضاؤه له فحكم عليه فحكمه جائز •

وان تقدم اليه ابوه وامه فتوجه القضاء لاحدهما على الاخر ففيه خلاف بين اصحابنا في جواز ذلك ورده •

١٦٧٥ ـ وكذلك اذا شهد على ابيه بالنكاح وهو يجحد فيه خلاف بين ابى يوسف ومحمد •

وقد ذكرنا خلاف الناس فى الشهادة فى ذلك والقضاء مثله مع ابى ثور وسفيان وغيرهما •

١٦٧٦ ـ وقالوا لو شهد عند القاضى شهود لرجل بحق على آخر فحكم او

لم يحكم حتى عزل فمات الشهود او غابوا فسأل الخصم المعزول ان يشهد على شهادة الشهود عنده فانه لا يقبل ذلك وان شهد ردت شهادته •

١٦٧٧ ـ ومن اصحاب الشافعي من قال تقبل ويكون شاهد فرع •

شهادة القاضي المعزول على إقرار

١٦٧٨ ـ واتفق الفريقان على انه لو اقر لرجل بحق عند المعزول فان المعزول يجوز له ان يشهد عند الثاني على اقراره ، ويحكم القاضي بذلك اذا كان عدلا •

١٦٧٩ ـ واذا قد ذكرنا حكم علم القاضي وما يقضي به من البينة والاقرار، وما ينفذ فيه حكمه وما لا ينفذ ، وجب ذكر كتاب القاضي الى القاضي لانه طريق الى الحكم به أيضا •

باب كتاب القاضي إلى القاضي

وهذا باب يذكر فيه كتاب القاضى الى القاضى •

١٦٨٠ ـ اعلم ان كتب القضاة الى القضاة يقع الكلام فيها في مواضع :

منها جواز ذلك فى الجملة •

ومنها كيفية قبولها •

ومنها الموضع الذى يقبل فيه •

ومنها فيما يقبل ولا يقبل •

ومنها من الذى يقبلها من القضاء •

جواز قبول كتب القاضي إلى القاضي

١٦٨١ ـ اما جواز قبولها في الجملة فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كتب الى الضحاك بن سفيان الكلابى[١] ان يورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها •

---

(١) جاء فى اسد الغابة (٣/٣٦) « الضحاك بن سفيان بن عوف بن كعب ابن ابى بكر بن كلاب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة العامرى الكلابى يكنى ابا سعيد ، اسلم وصحب النبى صلى الله عليه وسلم ، وكان ينزل فى بادية المدينة ولاه رسول الله صلى الله عليه وسلم على من اسلم من قومه ، وكتب اليه ان يورث امرأة اشيم الضبابى من من دية زوجها ، وكان قتل خطأ ، وكان يقوم على رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم متوشحا بسيفه ، وكان من الشجعان الابطال يعد وحده بمائة فارس • ولما سار رسول الله صلى الله عليه وسلم الى فتح مكة أمره على بنى سليم لانهم كانوا تسعمائة فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لكم فى رجل يعدل مائة يوفيكم الفا ؟ فوفاهم بالضحاك وكان رئيسهم وانما جعله عليهم لانهم جميعا من قيس عيلان ••• روى عنه سعيد بن المسيب والحسن البصرى •• كان عمر بن الخطاب يقول :

الدية للعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئا ، حتى قال له الضحاك بن سفيان الكلابي :

كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اورث امرأة اشيم الضبابى من دية زوجها • رواه جماعة من الائمة عن الزهرى • أخرجه الثلاثة » •

ولان بالناس حاجة الى ذلك ، وهو فعل ائمة العدل وولاة الجور وفعل سائر الحكام في سائر الاعصار فوجب ان يكون ذلك •

فصـــــل

١٦٨٢ ـ ويكتب بما ثبت عنده من الحقوق ليحكم به وبما حكم به لينفذه الثاني ، وهذا لا خلاف فيه ان يكتب به •

فصـــــل

كيفية قبول كتاب القاضي

١٦٨٣ ـ وأما كيفية القبول فلا يقبل بغير بينة •

١٦٨٤ ـ وقال أبو ثور يقبل بغير بينة •

وذكر الخصاف عن الشعبي انه كان يجيز كتاب القاضي اذا جاءه بغير بينة •

وذكر عن ابن ابي زائـد قال :

جئت بكتاب قاضي الكوفة الى أياس بن معاوية فقبله ولم يسألني بينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسمائة درهم فقال لرجل على رأسه :

ـ اذهب الى زياد فقل لـه ارسل الى فلان بن فلان فخذ منه خمسمائة درهم وأدفعها الى هذ •

قال فذهب بي ففعل •

١٦٨٥ ـ وقال من اجاز ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم قد كان يُعمل

ويستفاد من هذا ان عمر ابن الخطاب كان يردد ما علمه من عرف العرب قبل الاسلام فى هذا الصدد وكان عرفهم يقضى بعـدم توريث الزوجة من ديـة زوجها وحصر وراثة الدية فى العاقلة • وان السنة النبوية عـدلت هـذا العرف بجعل الزوجة ترث من دية زوجها •

ويستفاد من هذا ان الصحابة لم يكونوا يذهبون الى اعتبـار عرف العرب قبل الاسلام منسوخا جملة وانما كانوا يفترضون بقاءه حتى يثبت لهـم نسـخة أو تقييده أو تعديله بقرآن او سنة او اجماع •

بكتبه بغير شهادة ، وكان يدعو بكتبه الى الاسلام كما يدعو بقوله ، وهو فعل الخلفاء والأمراء الى اليوم •

وعندنا وعند الشافعي ومالك لا يقبل ، لأنه يدعى على القاضي الكتاب فيحتاج الى شهود على ذلك لقوله عليه السلام : البينة على المدعى •

فصل

١٦٨٦ ـ ولا يقبل الكتاب وان عرف الخط والختم •

١٦٨٧ ـ وقال أبو سعيد الاصطخرى :

ـ اذا عرف المكتوب اليه خط القاضي الكاتب وختمه جاز قبوله ، وهذا خطأ لأن الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم فلا يؤمن ان يزور على الخط والختم •

فصل

١٦٨٨ ـ وان كتب الشهادة التي ثبتت عنده اعتبر مسافة تقصر فيها الصلوة كالشهادة على الشهادة •

١٦٨٩ ـ وان كان قد حكم لم يعتبر ذلك وهو قول الشافعي أيضا في الفصلين •

فصل
سماع البينة على غائب

١٦٩٠ ـ واذا طلب الرجل من القاضي ان يسمع من بينته على رجل غائب في بلد آخر ليكتب له بحق لزمه الى قاضي ذلك البلد ، فان القاضي يسمع من بينته ويذكر اسمه ونسبه ان كان معروفا عنده ، وان كان لا يعرفه سأل الشهود عن ذلك ثم اثبته ، وكذلك اسم المدعى عليه ونسبه الى أبيه وجده وقبيلته وصناعته ، وان لم يذكروا القبيلة وذكروا الاب والجد قبل ذلك أيضاً ، ولا يقبل ان قالوا : زيد الكوفي أو البصرى لأن ذلك غير معروف •

١٦٩١ ـ ولا يكتب القاضي حتى تثبت عدالة الشهود عنده ، فاذا عدلوا كتب

بما ثبت عنده من حقه واثبت اسماء الشهود الذين شهدوا عنده وانسابهم وحلاهم ومواضعهم وانه قد سأل عنهم فعدلوا عنده •

فصـــــل

١٦٩٢ ـ ولابد ان يقرأ كتابه على الشهود الذين يشهدهم على الـكتاب ، ويدفـع اليهم نسخة تكون معهم ويختم الـكتاب بحضرتهم ويشهدهم ان هذا كتابه الى القاضي فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، وهذا خاتمي عليه ويدفع الـكتاب الى الطـالب •

١٦٩٣ ـ وقال الشافعي :

استحب ذلك ولا اوجبه •

١٦٩٤ ـ وقال الحسن : قال أبو حنيفة :

« وان قرأ عليهم الكتاب ولم يختمه بحضرتهم وهم لا يحفظـون ما فيـه وليس نسخة معهم لم يجز ذلك •

١٦٩٥ ـ وقال أبو يوسف :

يجوز الكتاب ويقبله الذى يرد عليه وان لم يقرأه عليهم بعد ان يشهدهـم على نفسه انه كتابه وخاتمه ، وهو قول الشافعي •

فصـــــل

١٦٩٦ ـ قال أبو يوسف :

ـ وانفذ كتب الخلفاء بغير بينة ، وينفذ الخلفاء كتب القضاة بغير بينة •

١٦٩٧ ـ وقال أبو حنيفة والشافعي لا يقبل الجميع بغير بينة •

فصـــــل

وقال أبو يوسف :

١٦٩٨ ـ ويقبل كتاب القاضي اذا قال :

من فلان بن فلان الى قاضي بلد كذا او الى من يصل اليه هذا الكتاب من قضاة المسلمين وحكامهم ولم يعين اسم أحد بعد ان يكون من يصله مُولى قبل الكتاب ، ولا يقبله من ولى بعد ذلك .

١٦٩٩ ـ ولا يقبل هذا عند ابي حنيفة على هذا الاطلاق .

١٧٠٠ ـ كما لا يقبل كتاب من يكتب فيقول : من قاض من قضاة المسلمين. ولا يذكر نسبه واسمه .

١٧٠١ ـ وأول من عمل بالعراق من القضاة على قول ابي يوسف هو شيخنا قاضي القضاة رحمه الله لانه امتنع ان يخاطب قضاة خراسان فسلك هذه الطريقة وكانت غريبة في العمل ، فعمل بها جميع قضاة الوقت وكتبوا هم اليه بمثل ذلك ، وصار سنة مألوفة[1] لطول نظره وعمله بها ولو كان هذا مذهبنا لما سبق الناس اليه فى العمل وحده .

فصل

ما يجوز فيه كتاب القاضي إلى القاضي

١٧٠٢ ـ وكتب القضاة الى القضاة جائزة في سائر حقوق الناس : الديون والعقارات والشركات والغصوب والودائع .

١٧٠٣ ـ واتفق أصحابنا على أنه لا يكتب في الحيوان الدواب والرقيق وجميع ما ينقل ويحول .

واختلفوا في العبد فقال أبو يوسف :

---

(١) ان أهمية ماذكره السمناني من تاريخ هذه السنة القضائية ظاهرة لانها تدل دلالة واضحة على ان الفقه الاسلامي لم يكن بمعزل عن سوح القضاء والتطبيق العملى كما زعم بعض المستشرقين وعلماء القانون الموازن الغربيون ، بل كان القضاء يستهدي باجتهادات المجتهدين وكانت آراء المجتهدين نقطة الانطلاق في التمهيد للاعراف والسنن والقضائية ،كما كانت اجتهادات القضاة في عصر الصحابة والتابعين منطلق العمل الفقهى والاجتهاد فيما أثير في القضاء يومئذ من المسائل وقضى من الاقضية .

أكتب في العبد اذا حلوه ووصفوه فاذا ورد الكتاب على القاضي ختم في عنق العبد وبعث به مع الرجل الذى أتاه بهذا الكتاب وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى يصير العبد الى الكاتب فيشهد الشهود على عين العبد ثم يكتب القاضي كتابا آخر الى القاضي فيحكم بالعبد للطالب ويبرىء كفيله ، وأجاز ذلك فى العبد دون الامة •

١٧٠٤ ـ وأبو حنيفة سوى فى جميع المنقولات •

١٧٠٥ ـ كما قالوا بأنه لا يسمع الدعوى على منقول حتى يكون حاضرا عند الحاكم ويشهد الشهود على عينه •

١٧٠٦ ـ وكما لا تجوز الشهادة فيه على الشهادة لا يجوز كتاب القاضي فيه الى القاضي •

١٧٠٧ ـ وكذلك قال الشافعي في كتاب القاضي الى القاضي •

فصل

١٧٠٨ ـ ولا يكتب فى حد ولا قصاص كائنا ما كان فى نفس ولا طرف•

١٧٠٩ ـ ولا يكتب لرجل انه قد وفا فلانا ماله عليه ، او سلمت الوديعة التى كانت له عندى أو أنه وهبها لى أو ابرأني لأني لا أعلم هل يدعى ذلك أم لا •

١٧١٠ ـ وكذلك لو كان حاضرا ما يسمع هذه الدعوى •

١٧١١ ـ وقالوا :

لا يكتب باسقاط شفعة عليه لغائب انه كان قد اسقطها عنه •

١٧١٢ ـ وقال محمد بن الحسن :

اكتب له بذلك •

١٧١٣ ـ ولا يكتب لامرأة ادعت طلاقا على زوجها وهو غائب وقالت لا آمن ان يتعرض لي هناك •

فصـــل

١٧١٤ ـ وقالوا لو حضر المطلوب بالدين والمشترى والزوجة وقال :
قدمني خصمي الى قاضى كذا فقضى علي بالدين والشراء والنكاح ، وقد كان استوفى ذلك مني وسقطت شفعته عني وطلقت منه ، وأقام كل واحد بينته بذلك فانه يكتب له ويسمع ، وهذا اتفاق والاول على الخلاف .

فصـــل

١٧١٥ ـ واذا كتب فيما يجوز ان يكتب فيه فضاع **الكتاب** من المدعى ، فسأل ان يكتب له بدله فانه يفعل ، ويذكر فى الكتاب الثانى ان الخصم ذكر انه ضاع الكتاب الاول .

١٧١٦ ـ وكذلك ان انتقل المطلوب الى بلد آخر كتب له كتابا آخر الى البلد الاخر .

فصـــل

١٧١٧ ـ قال أصحابنا :
لو ثبت حقه وكتب له فحضر المطلوب عند الكاتب ، فانه لا يحكم بشهادة من شهد عنده حتى يعيدوا الشهادة بحضرته لانها شهادة على غائب .

١٧١٨ ـ واذا ثبت نسب أو ارث وعدد ورثة عنده كتب بذلك كله .

فصـــل

١٧١٩ ـ ويكتب لكل جناية يجب بها المال قليلا كان أو كثيرا اذا ثبت عنده .

١٧٢٠ ـ ولا يكتب فى دار حتى يحدها بأربعة حدود او ثلاثة عند ابي حنيفة ، وعند زفر والشافعي لابد من ذكر الحدود كلها . وعند ابي يوسف ومحمد يكفي اذا كان ذلك مشهورا .

فصل

١٧٢١ ـ وما علمه القاضي فيما خلا الحدود والقصاص وطلب صاحب الحق ان يكتب له بذلك فعل وفسر الحال في ذلك ، فان كان من رأى القاضي ان لا يقضي بما علمه قبل القضاء لم يقبل ذلك ، وان كان رأيه انه يجوز ، قبل ذلك •

١٧٢٢ ـ ولو علم وهو يهودى فأسلم او هو عبد فأعتق او صبي فبلغ ثم استقضى بعد العتق والاسلام والبلوغ وسأله الطالب ان يكتب له فكتب بذلك فان أبا حنيفة قال :

لا ينفذ المكتوب اليه •

١٧٢٣ ـ وقول أبو يوسف ينفذ وجعل ذلك كالشهادة اذا زال المانع •

١٧٢٤ ـ وهو قول الشافعي •

١٧٢٥ ـ وفرق أبو حنيفة بين الحكم والشهادة لان الحاكم لا يحكم بعلمه وان لم يكن هناك منع ، فمع المنع اولى •

فصل

١٧٢٦ ـ وتكتب له شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة ، فاذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه قال للخصم •

ـ هات تمام الشهادة ، كما لو شهد وهو حاضر •

فصل

١٧٢٧ ـ وقال أصحابنا :

ـ لو حضر رجل وأمرأة فأدعيا أن لهما ولداً في يد انسان قد سرقه وانه روف النسب منهما ، ونحن نقيم البينة بذلك عندك فأكتب لنا بذلك الى فلان اضي فانه يكتب في قول ابي يوسف •

١٧٢٨ ـ وقال أبو حنيفة •

لا يكتب بذلك .

١٧٢٩ ــ وقال أبو يوسف :

لا أكتب للاحرار الا الاب أو الام او الزوج يدعي المرأة ، ولا أكتب لما سوى الابوين ماداما أحياء فاذا مات الابوان كتب لكل وارث .

فصــــل

١٧٣٠ ــ وقالوا : لو استحق رجل أمة نقضى القاضي للمستحق بها ، فقال المطلوب :

ــ أمتي اشتريتها من فلان بن فلان وهو فى بلد كــذا ، ودفعت اليه الثمن ، وشهودى ههنا فاسمع منهم واكتب لي فأن القاضي يكتب له ما يصح عنده من ذلك .

وهــذ اتفــاق .

فصــــل

ادعت أنها حرة

١٧٣١ ــ واذا ادعت جارية في يد رجل انها حرة الاصل ، وقد كانت أقرت بالرق وأقامت بينة بحرية الاصل فجعلها القاضي حرة ، فقال الخصم :

اشتريتها من فلان وهو في موضع كذا فاسمع منى شهودى واكتب لي ، فانه يفعل ويكتب له بما سمع .

١٧٣٢ ــ ولو لم تقم البينة بحرية الاصل ولا كانت أقرت بالرق ولا بينة لمن هي في يده بالرق عليها فجعلها القاضي حرة ، فقال من هى فى يده للقاضي :

اسمع بينتي اننى اشتريتها من فلان ونقدته الثمن وقد كانت مقره بالرق فانه لا يسمع من شهوده ولا يكتب له ، وليس هذا كالبينة فى المسئلة الاولى ، لان ذلك شهادة على من كانت فى يده من الباعة والمشترين والقاضى فى مسئلتنا أخرجها من يد المشترى بانكار الرق ودعواها انها حرة فليس هذا حكما على البائع ، لان البائع والمشترى قد أجمعا على أنها كانت مقــرة بالرق ، ولهــذا لــو

حضر البائع فأقر له المشترى برقها واعترف هذا بالبيع والتسليم لم يلـــزم رد الثمن لان الاستحقاق ليس بالبينة •

فصـــــل

١٧٣٣ ــ ولو قال المشترى للقاضي :
حلف البائع انها ليست بحرة الاصل حلفه القاضى •
فأن حلف فلا شىء عليه ، وان نكل عن اليمين الزمه القاضي بـرد الثمـن على المشترى •

فصـــــل

كتابة القاضي في عقار في يد غائب

١٧٣٤ ــ ولو ادعى عقارا فى بلد القاضى وحدده وقال :
انه لى ، وهو فى يد فلان الغائب فاسمع بينتى واكتب لى فانه يفعل ذلك ويكتب ، وانما فعـل ذلك لان الغائب هو الخصم فلابد من سماع حجته ، فـاذا وصل الكتاب الى القاضي المكتوب اليه احضر الخصم وقرأ عليه الكتاب وسـأله عن حجة يدلي بها ، فان ادلى بحجة والا حكم عليه •

فصـــــل

العقار في بلد المكتوب إليه

١٧٣٥ ــ وان كان الشىء فى بلد المكتوب اليـه فانه ان ادلى بحجـــة والا أمره بالتسليم ثم سجل للطالب بذلك ، ويشهد على نفسه ، فاذا أورد الطالـب القضية على الكاتب وأقام بينة عليها وليس خصمه حاضرا لم يقبل ذلك ولـــم ينفذ الحكم ، ولكن المكتوب اليه اذا حكم للطالب وأمر المطلوب بالتسليم اليه ، فأن أمتنع من ذلك والدار في بلد الكاتب فأنه يكتب اليه كتابا معه يحكى كتـابه الذى وصله بما ثبت لفلان عنده ، ويخبره انه جمع بين الطالـــب والمطلوب ، وقرأه عليهما بعد الشهادة بانه كتابك الى وخاتمك ، فدعوته بحجة فلم يأت بما يدفع ما ثبت لفلان عليه ، وانى حكمت لفلان عليه بذلك وسجلت بـه سـجلا ، وأمرت بتسليم ذلك الى فلان ، والخروج اليه منه فامتنع من تســـليمه اليه ،

وذلك قبلك وفى عملك ، وسألنى الكتاب اليك واعلامك قضيتى له بذلك لتسلم اليه الدار وتأمر بدفعها اليه فاجبته الى ذلك فاعلمتك به ، فاعمل بما يجب فـى ذلك عليك ، وسلم هذه الدار المذكورة الى فلان موصل كتابى هذا على الواجب فى الشرع والدين •

فصـــــل

ما يفعله حين يرد عليه كتاب قاضٍ آخر

١٧٣٦ ـ واذا ورد الكتاب على القاضى من قاضٍ بحق لرجل يجـوز ان يكتب به ، فان القاضي يجمع بين الذى جاء بالكتاب وبين خصمه والشهود الذين يشهدون على الكتاب ، فاذا حضر الخصم وادعى عليه الحق فان أقر فلا كلام ، وحكم باقراره وان انكر احضر الكتاب ، فاذا شهد الشهود ان هذا كتاب فلان اليك وهو قضي بلد كذا وكذا وهذا خاتمه فان القاضي يسألهم هل قرأه عليهـم وختمه بحضرتهم أم لا ؟

فان شهدوا بذلك كله قبله وان قالوا لم يقرأه علينا ولكنه ختمه بحضرتنا او قرأه علينا ولم يختمه بحضرتنا لم يقبله ولم يحكم بما فيه •

١٧٣٧ ـ وقال ابو يوسف يقبله فى ذلك كله ويحكم به •

وهو قول الشافعى ايضا •

ويحكم حينئذ بما فيه اذا كان شرط «الحكم» [١] به موجودا فيه •

١٧٣٨ ـ واذا كان العنوان : فلان بن فلان الى فلان لم يقبله •

وكذلك اذا قال : من ابي فلان الى ابي فلان ، لم يقبله عند ابي حنيفة الا ان تكون الكنية معروفة مشهورة كأبى حنيفة •

١٧٣٩ ـ وقال ابو يوسف يقبل اذا قالوا هذا كتاب القاضى اليك •

١٧٤٠ ـ وقال أبو حنيفة : اذا ذكروا اسم الجد ولم ينسبه الى ابيه لم يقبل •

١٧٤١ ـ وعند ابى يوسف يقبل اذا قالوا كتاب القاضى اليك •

١٧٤٢ ـ وقال محمد بن الحسن : اذا لم تكن الاسـماء والـكنى في داخل وكانت على العنوان لم يقبله ولم يحكم به •

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج •

١٧٤٣ ـ ويقبل عند ابى يوسف والشافعى .

فصـــل
تعديل الشهود على كتاب القاضي

١٧٤٤ ـ واذا شهدوا على الكتاب وخاتم القاضى وهو كتاب صحيح لم يفضه [١] القاضي حتى تثبت عنده عدالة الشهود ، فاذا ثبتت فضه بحضرة الطالب والمطلوب ، وان لم تثبت العدالة لم يفضه وجعله فى درج المحضر حتى يسأل عن الشهود ، فان لم يعدلوا قال للطالب زدنى شهودا على الكتاب .

١٧٤٥ ـ وهذا قول جميع من اعتبر الشهادة عليه وجعلها شرطا في قبوله .

فصـــل
موت القاضي الكاتب وعزله

١٧٤٦ـ وان لم يصل الكتاب حتى مات القاضي الكاتب ، او عزل ، اوعمي او فسق ، او صار فى حالة لايقبل حكمه ، لم يقبل الكتاب ولم ينفذه عندنا .

١٧٤٧ـ وقال الشافعي يقبل ، ويحكم به اذا كان قد حكم به وان كان لم يحكم به لم يقبل في الفسق ولا فيما سوى الموت كما لو فسق [٢] شهود الاصل .

فصـــل
ضاع الكتاب وهرب الخصم

١٧٤٨ـ ولو ضاع الكتاب قبل ان يوصله او هرب الخصم ، فسأله المدعى ان يكتب له كتابا الى القاضي الكاتب ، أو الى البلد الذى صار اليه الخصم ، ويعرف صورة الحال ، فليس عليه ان يفعل ذلك عندنا .

موت المكتوب إليه إلخ

١٧٤٩ـ وقال اصحابنا :

لو مات المكتوب اليه او عزل او فسق ثم ولى غيره القضاء لم يجز له قبوله والحكم به .

---

(١) في نسخة قليج لم يقضه وهو غلط .

وفى لسان العرب فى مادة (فضض) : فضضت الشيء أفضه فضا فهو مفضوض ، كسرته وفرقته ، وفضضه وفضاضته ما يكسر منه .

(٢) في نسخة قليج (شهد) وهو غلط صحح فى هامش المخطوطة المذكورة .

١٧٥٠ ـ وقال الشافعي :

لمن ولى ان يقبله ويحكم به لان المعول على[1] ما حفظه شهود الكتاب وتحملوه • ومن تحمل شهاة وجب على كل قاض العمل بها •

١٧٥١ـ وعندنا ان القاضى المكتوب اليه كشهود الفرع اذا حملوا الشهادة لم يكن لغير من حملها ان يقبل ذلك ولا يشهد •

فصل

وصول الكتاب بعد مغادرة الخصم

١٧٥٢ـ ولو وصل الكتاب الى القاضي وقدخرج خصمه من البلد ، وطلب من القاضي ان يكتب له بذلك الى البلد الآخر ، انه وصله من فلان القاضي فانه يكتب له بذلك الى ثالث ورابع وكذلك ابدا حتى ينتهى الى البلد الذى فيه الخصم •

فصل

مرض الشهود في الطريق

١٧٥٣ـ وقال لو مرض الشهود في الطريق فاشهدوا على شهادتهم لقوم آخرين فان القاضي يقبل ذلك ويسمع الشهادة على الشهادة مثل الشهود بالكتاب ، وكذلك ان بدا للشهود من السفر [2] •

فصل

١٧٥٤ ـ ولو قال الطالب للقاضي : أكتب الى قاضي كذا فان كان خصمي هناك والا اكتب الى قاضي كذا ، فانه يفعل ذلك ، فاذا ورد الكتاب على الاول وسأله ان يكتب الى الثاني فانه يفعل ذلك ويكتب على ما سأل •

---

(١) في لسان العرب في مادة «عول» : :
العول والعويل الاستغاثة ، ومنه قولهم معوّلى على فلان أي اتكالي عليه واستغاثتى به فالمعول عليه هو المعتمد •

(٢) في لسان العرب فى مادة « بدا » : « بدا لى بداءة أي تغير رأيى على ماكان عليه» فقوله بدا للشهود من السفر أي عدلوا عن السفر وغيروا وجهتهم•

فصـــــل

إلى فلان أو فلان

١٧٥٥ ـ وان كتب الكتاب الى فلان او فلان فأي القاضيين ورد عليه الـكتاب انفذه وعمل به عند ابي يوسف لانه لو كتب الى من يصل اليه من القضاة جـاز ذلك عنده اذا كانت ولايته قبل ان ينفذ الكتاب وانفذه واجازه •

١٧٥٦ـ وعند الشافعي ينفذه وان ولى بعد الكتاب •

١٧٥٧ـ وقال ابوحنيفة لاينفذ الكتاب ولا يقبله الا اذا عين واحدامن الناس•

فصـــــل

هرب الخصم بعد فض الكتاب

١٧٥٨ـ واذا هرب الخصم بعد فض الكتاب وقراءته عليه قبل الحكم به ، فسأل الطالب القاضي ان يكتب له الى قاضى البلد الذى فيـــه الخصم ، فعند ابى يوسف ينصب له وكيلا ويحكم كما لو اقام رجل بينة على دعواه بمحضر مـــن خصمه ثم غاب المطلوب ، فانه ينصب عنه وكيلا وينفذ الحكم عليه • وقال ههنـــا لايكتب •

١٧٥٩ـ وقال محمد :

ـ لايقضى عليه بشيء حتى يحضر الا ان يكون المطلوب اقر بالحق ثـم غاب فانه يحكم عليه •

١٧٦٠ ـ وقال أبو يوسف هما سواء ، ويحكم عليه اذا غاب •

١٧٦١ ـ وقال محمد في كتاب القاضي اذا كان قد سمع من البينة بمحضر من المطلوب ثم غاب ولم ير الحكم عليه فانه يكتبالى قاضى ذلك البلد الـــذى هو فيه •

١٧٦٢ـ والشافعي يحكم على الغائب وعلى من فى المصر فى أحد الوجهين•

١٧٦٣ ـ واذا مات المطلوب بالحق فان القاضي يسمع الـكتاب على وارثه أو وصيه ويحكم بما فيه ان كان تاريخ الكتاب قبل الموت او بعده •

فصـــل

كتاب القاضي بما لا يراه المكتوب إليه

١٧٦٤ ـ وان ورد كتاب القاضي بما لا يراه المكتوب اليه جائزا ممـــا قـد اختلف فيه العلماء لم ينفذه لانه ليس بقضية ، انما هو بمنزلة الشهادة •

١٧٦٥ـ وان كان قد حكم وامضى الحكم بذلك امضاه ، لانه بمنزلة مـــا حكم به مما يختلف فيه العلماء •

١٧٦٦ـ وهو قول الشافعي في القصاص ايضا •

فصـــل

الإضافة للأب والجد

١٧٦٧ـ وان كان في الكتاب ان فلانا اقام عندي بينة ان له على فلان كـذا لم يقبل الـكتاب حتى يضيفه الى أبيــه والى جـده ، او يحـادثه ويعرفه بما يعرف به ، ومتى كان فى ذلك البلد انسان على مثل ذلك الاسم والنسب والصناعة لــم يقبل الكتاب الا ان يقيم الطالب بينة انه هو المكتوب فيه الكتاب •

فصـــل

تشابه الأسماء في البلد

١٧٦٨ ـ وان لم يكن انفذ الحاكم الكتاب فقال المطلوب انا اقيم بينة ان في هذا البلد رجلا كان على هذا الاسم وانه مات ، لم أقبل ذلك الا ان يكون حيا ، ولا انظر فى حال من مات الا ان يكون موته بعد تاريخ الشـــهادة بالحق الذى فى الكتاب •

فان كان بعد التاريخ ابطلت الكتاب حتى ينسب الى شيء اعلم انه هو •

وان كان الذى على ذلك الاسم قـد مات قبل ذلـك بزمـان ودهر انفـذت الكتاب على الحي •

١٧٦٩ـ وقال الشافعي :

واذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه فحضر الخصم وقال :

لست بفلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه ، لان الاصل انه لا مطالبة عليه •

١٧٧٠- وان اقام المدعى البينة انه فلان بن فلان ، فقال الا اني غيرالمحكوم عليه لم يقبل قوله الاول الا ان يقيم بينة ان له من يشاركه في جميع ما وصف ، لان الاصل عدم من يشاركه فلم يقبل قوله من غير بينة فان اقام بينة ان له من يشاركه في جميع ما وصف به ، توقف عن الحكم حتى يثبت من المحكوم عليه منهما .

فصل

١٧٧١- واذا حكم المكتوب اليه على المدعى عليه بالحق ، فقال المحكوم عليه: أكتب بي الى الحاكم الكاتب انك حكمت علي حتى لا يدعى ثانيا ، فقد اختلف في ذلك :

فمنهم من قال يلزمه لانه لا يأمن ان يدعي عليه ثانيا ويقيم عليه البينة فيقضى عليه ثانيا .

ومنهم من قال لا يلزمه لان الحاكم انما يكتب ماحكم به او ثبت عنده ، والكاتب هو الذى حكم او ثبت عنده دون المكتوب اليه .

فصل

الإشهاد على ما ثبت من الإقرار

١٧٧٢- واذا ثبت عند القاضي حق بالاقرار فسأله المقر له ان يشهد على نفسه بما ثبت عنده من الاقرر لزمه ذلك لانه لايؤمن ان ينكر المقر فيلزمه الاشهاد ليكون حجة له اذا انكره .

فصل

الإشهاد على ثبوت الحق بيمين المدعي

١٧٧٣- قال أصحاب الشافعي :

وان ثبت عنده الحق بيمين المدعى بعد نكول المدعى عليه ، فسأله المدعى ان يشهد على نفسه ، لزمه لانه لاحجة للمدعي غير الاشهاد .

الإشهاد على ثبوت الحق بالبينة

١٧٧٤- وان ثبت عنده الحق بالبينة فسأل الاشهاد ففيه وجهان : احدهما

انه لايجب لان له بالحق بينة فلم يلزم القاضي تجديد بينة اخرى ، وهذا قول عامة صحابنا •

والثاني يلزمه لان في اشهاده على نفسه تعديلا لبينته وأساسا لحقـــــه والزاما لخصمه •

فصـــل

الإشهاد على براءة الحالف

١٧٧٥- واذا ادعى على رجل حق فانكره وحلف عليه ، وسأل الحالف القاضي ان يشهد على براءته لزمه الاشهاد ليكون حجة له في سقوط الدعوى ، حتى لايطلب الحق مرة اخرى •

فصـــل

إثبات ما جرى في الخصومة في المحضر

١٧٧٦ ـ واختلف في لزوم القاضي ان يثبت في المحضر بما جرى فـــي الخصومة اذا طلب احد الخصمين : فمنهم من أوجبه ومنهم من لم يوجبه •

١٧٧٧ ـ واتفق الجميع على أنه لا يجب الاشهاد عليه والتسجيل اذا لم يكن عنده كاغد من بيت المال وان كان عنده أو دفع اليه الخصم الكاغد فعندنا لا يلزمه ، وعند اصحاب الشافعي يلزمه في أحد الوجهين وكذلك قولهم في المحضر •

أخذ القاضي الأجر على السجل

١٧٧٨ ـ وحكى شيخنا قاضي القضاة رحمه الله عن ابن شريح انه أخذ على سجل سجل به ألف دينار ، وكان بينه وبين ابن داود خصومة فولب[1] عليه أبو بكر بن داود الخصم ، وقال له :

---

(١) كذا في جميع النسخ والصواب ألب عليه •

لان ولب معناها دخل يقال ولب في البيت والوجه دخل (لسان العــرب) أما ألب يالب فمعناها اجتمع وتالب القوم تجمعوا والّبهم (بالتشديد) جمعهم • وهم عليه ألب واحد والب والاولى اعرف •• أي مجتمعون عليه بالظلم والعداوة وقد تألبوا عليه تألّبا اذا تضافروا عليه • (لسان العرب) فالبهم عليه معناها حرضهم عليه •

طالبه بالدنانير ، وشنع عليه

فلما اجتمع الخصم به وعزم على المطالبة قال له ابن شريح :

ـ بمن ترضى من أهل العلم يحكم بيننا فهل ترضى بابن داود ؟

نقال الرجل :

نعم فحضرا عنده والرجل يعرف باطن ابن دادود فى القضية ، فلما رأى ابن شريح فد أقبل اليه قام له واستقبله •

فقال ابن شريح له :

ـ أيها الشيخ هل يجب على الحاكم ان يسجل على نفسه بما ثبت عنده ؟

فقال :

ـ لايجب عليه ذلك

فقال ابن شريح :

ـ فما لا يجب عليه هل يجوز أن يأخذ عنه عوضا أم لا ؟

فقال : له أن يأخذ عنه العوض •

فقال له :

ـ فاعلم هذا الشيخ أنه لا يجب على رد ما أخذت على سجلي على نفسي •

١٧٧٩ـ وهذا مذهب لايصح ، لانه قد لا يجب على الانسان الشيء ومع هذا لايجوز أن يأخذ العوض عليه كصلوة النافلة •

١٧٨٠ـ وقد ذكرنا فيما تقدم قولهم في الاجرة على الشهادة والرزق على الحكم عندنا فلا معنى لاعادته •

فصـــــل

١٧٨١ـ ولا يقبل الكتاب اذا قال فيه : على فلان بن فلان البكرى أو التميمي حتى ينسبه الى الفخذ الذي هو منه •

١٧٨٢ـ ولو قال الخصم : أنا فلان بن فلان الفلاني وليس لهذا على شيء لم يقبل ذلك منه ولم يكن في هذا حجة •

فصـــل

١٧٨٣ ـ وان قال دفعت المال اليه أو ابرأني أو اتى مخرجا بذلـك قبـل القاضي ذلك منه •

١٧٨٤ـ وان قال :

لست بفلان بن فلان الفلاني والقاضي لا يعرفه ، فالقول قوله ، وقد مضت •

فصـــل

رسول القاضي إلى القاضي ومشافهته

١٧٨٥ـ واذا أرسل القاضي الى القاضي رسولا بما كتب به أو شافهه به في عمله لم يقبل ذلك ولم ينفذه لان الكتاب بمنزلة الشهادة •

عمل قاضي القضاة بالمشافهة

١٧٨٦ ـ وكان شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يعلم خلفاءه ما ثبت عندهمن الحقوق مشافهة وبرسالة ويحكمون بذلـك على الخصـوم ويستوفون الحقـوق ويحبسون بذلك القول لهم ، والنص في الرواية ما ذكرناه دون ما كان يعمله •

فصـــل

١٧٨٧ ـ واذا مات الكاتب او عزل بعد وصول الكتاب وقراءة ما فيه امضاه •

ولو فسق او صار في حال لا يجوز حكمه من ذهاب عقله بعـد وصـول الكتاب لم ينفذما فيه ورده هذا القاضي •

١٧٨٨ ـ وقال أبو يوسف : اذا عمى بعد الوصول انفذ ، كما لو مات ، وهو قول الشافعي •

كتاب العامل وقاضي الرستاق

١٧٨٩ ـ ولا يقبل القاضي كتاب عـامل ولا قاضي رسـتاق ولا قرية الا قاضي مصر من الامصار أو مدينة فيها منبر [١] وكان شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يقبل كتب قضاة السواد ويحكم بها ، غير ان سواد العراق في كل موضع منبر وخطبة ، وفي بعضه اسواق وحكمه حكم المدن في غير العراق •

فصـــل

١٧٩٠ ـ وقالوا لو كتب القاضي الى الامير الذى استعمله وهو معه في المصر

---

(١) من أول الفصل ٢٢٨٦ الى ههنا ورد في نسخة قليج فقط •

ـ اصلح الله الامير

ثم قص القصة وبعثه مع ثقة ولم يشهد على الكتاب جاز

وقال محمد :

استحسن ان ينفذه

وان كان فى مصر آخر لم ينفذه حتى يكتب اسم الامير واسم ابيه واسم القاضي واسم ابيه ٠

فصل

١٧٩١ ـ وان انكسر خاتم القاضى وعليه خواتم الشهود فان القاضي يقبله ، وكذلك لو شهدوا انه قرأه علينا واشهدنا عليه فانه يقبله ، وكذلك ان كان الكتاب منشورا او في اسفله خاتم فانه يقبله اذا شهد الشهود عليه ، وانه قرأه عليهم ، وهكذا قول ابي يوسف والشافعى فى هذه الوجوه كلها ٠

١٧٩٢ ـ وفى قول ابى حنيفة لا يقبل ٠

فصل

الطعن في الشهود والقاضي والكاتب

١٧٩٣ ـ واذا طعن المطلوب بالحق فى الشهود أو القاضى الكاتب وذكر فيهم ما يوجب وقوف حكمه وشهادتهم ، وأقام بينة بانهم فسقة او محدودون فى قذف أو عبيد أو ذمة ، فهذا شبهة توقف الحكم وتمنع من امضاءه ، وهذا فى قول جميع من نعلمه من الفقهاء ممن لا يقبل شهادة محدود او عبد او ذمي فى ذلك على ماتقدم بيان ذلك ٠

كتابه القاضي بما تسمع فيه البينة

١٧٩٤ ـ وكل ما تسمع فيه بينة ويحكم بها اذا كان حاضرا فانه يكتب بها اذا كان غائبا الا المواضع التي ذكرناها من الحدود والقصاص وما ذكرناه ، وفى هذه الابواب والفصول مسائل كثيرة نذكرها فى المحكوم به ٠

١٧٩٥ ـ واذ قد ذكرنا صفة القاضي وما يجب كونه عليه من الامور والمقضى له وطريق القضاء ، وذكرنا ما فى ذلك من المسائل والابواب ، وجب ذكر المقضى به من الحقوق وهذا يقتضي ان نذكر الكتب والمعاملات وسائلا الافعال والاقوال ، ونرتب ذلك على ترتيب الكتب ، ونبدأ فى ذلك ان شاء الله بكتاب البيوع ٠

المقضي به من الحقوق

كتاب البيوع

وهذا كتاب البيوع

أنواع البيوع

١٧٩٦ ـ اعلم ان البيوع على ثلاثة أضرب :
بيع مجمع عليه وعلى صحته
وبيع مجمع على تحريمه وفساده
وبيع مختلف فيه ، يجوز عند بعض الفقهاء ولا يجوز عند بعضهم .

أسباب الخلاف في البيع

١٧٩٧ ـ والخلاف الواقع فى البيع اما ان يكون فى أصل البيع او فى صحته أو فساده او في قبضه ، او فى ثمنه ، او فى مقداره او فى تأجيل الثمن أو فى الثمن والمبيع جميعا او شرط الخيار او فى مقداره او فى الرهن المشروط فيه أو كفيل فيه او يدعيه المتعاقدان لهما او لغيرهما او ورثتهما او ورثه أحدهما أو وكيلهما أو فى العيب بالعوضين او احدهما .

١٧٩٨ ـ ونحن نفصل هذه الجملة ، ونذكر ما اتفق عليه منها، وما هو مختلف فيه ، ونذكر جملة ما يشتمل عليه البيع من مسائل الخلاف المتكلم فيه والمناظر فيه اليوم دون ما بَعُد وشذ القائل به .

باب الرجل يدعي على غيره بيع سلعة

١٧٩٩ ـ واذا ادعى على رجل بيع سلعة او عقار او حيوان او شيء تسمع الدعوى عليه فان القاضي يعدى عليه ، فاذا احضر اليه سوى بينهما في المجلس ولم يرفع شريفا على وضيع ولا مسلما على ذمي ، ولم يخص احدهما بأمر ولا تقريب ولا سر [كذا] ولا يسئله عن حاله وبذلك جاءت السنة وثبتت القضايا[١] .

---

(١) هذا التفصيل تكرار لادب القضاء حيث لاتمس الحاجة اليه ولا يخلو مع ذلك من أهمية لاشارته الى تقاليد القضاء بما جاءت به السنة .

١٨٠٠ ـ فاذا حضرا بين يديه سأل المدعى عن دعواه فان كانت فى منقول اعتبر حضوره عنده وان كانت فى عقار اعتبر ان يحده بحدوده ويصفه ويميزه •

ترتيب التسليم

١٨٠١ ـ واذا ادعى عليه البيع بالثمن المعلوم وصحت الدعوى من وجوه الفساد والجهالات سأل المدعى عليه ، فان أقر أمر بتسليم المبيع اولا عند الشافعي ثم يأمر المشترى بتسليم الثمن •

١٨٠٢ ـ وقال أصحابنا جميعا اذا أقر بالبيع أمر المشترى بتسليم الثمن اذا كان دينا واذا كان عينا بعين او ثمنا بثمن سلما معا •

١٨٠٣ ـ وللشافعي فى ذلك ثلاثة أقوال :

احدها كما قلنا

والثاني الخيار الى الحاكم

والثالث يقرع بينهما

حالة جحد البيع

١٨٠٤ ـ وان جحد البيع سأل المدعى عن البينة ،

ـ الك بذلك بينة أم لا ؟

فان قال لا بينة لي ، قال له :

ـ لك اليمين على الخصم •

ثم اعلم المدعى عليه بذلك ، وقال له :

ـ اتحلف ؟

فاذا قال نعم وبذل اليمين ، قال للمدعى :

تريد ان احلفه لك ؟

فان قال نعم

قال للمدعى عليه :

اتحلف ؟

فإذا قال :

نعم

قال له :

قل والله ، وحلفه بهـــذه اليمين التي وصفناهـــا[1] وبمـا وصفنا ، ويقول لـه :

ـ بالله ما بعته الذي ادعاه من العبد او الدار بالثمن الذي ادعى •

تعريض البائع

١٨٠٥ ـ الا ان يعرض البائع ان الانسان قد يبيع ثم يرجع اليه بأمر آخـر فانه يحلفه :

ـ ما بينك وبين هذا بيع تام قائم الساعة فيما ادعى •

١٨٠٦ ـ وروى عن ابن زياد انه قال :

لا احلفه الا على هذا الاخير عرض الخصم او لم يعرض ، لان حلفه على هذا يأتي على دعوى المدعي

١٨٠٧ ـ وقال بعض أصحاب الشافعي :

ـ يحلفه : لا يستحق عليك هذا الذي يدعيه بالبيع •

١٨٠٨ ـ ومن اصحابنا من قال :

احلفه ما هذه الدار شراء لهذه الساعة بما ادعى من الثمن ؟

١٨٠٩ ـ وان شاء حلفه :

ما هذا البيع الذي ادعى عليك في ذلك قائم له فيها الساعة بهذا الثمن عـلى ما ادعى •

١٨١٠ ـ فان حلف بريء من الدعوى

وان نكل عن اليمين قضى عليه بالبيع عندنا ، وعند الشافعي ومالك برد الثمن

فصـــــل

١٨١١ ـ وان قال :

لي بينة ولكن غائبة عن المجلس فحلفه لي :

(١) في نسخة قيلج : (بما وصفنا في اليمين) •

فأبو حنيفة لا يحلفه •

وابو يوسف يحلفه ، وبه قال الشافعي ، وقد مضى شرح ذلك فيما تقدم •

١٨١٢ ـ وانما جعلنا القول قوله مع يمينه لان الاصل عدم التبايع ، فمن ادعى البيع فهو المدعى •

١٨١٣ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

ـ « اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع »[1] ولأن الاصل بقاء ذلك وزواله مشكوك فيه ، وهذا شأن جميع العقود التى يدعيها بعض الناس على بعض ، فاجعل الاصل عدم ما يدعيه الانسان على غيره من سائر الدعاوى ، لأن الأصل براءة الذمة وفراغ الساحة وطريق شغلها انما هو الشرع •

١٨١٤ ـ وكذلك ان كان المدعى للبيع صاحب السلعة والمشترى هو المنكر للبيع فالحكم فى ذلك سواء ، ولا فرق فى هذا بين دعوى الرجل لنفسه او لغيره أو لولده او لشريكه أو لمولاه او لعبده ، فالحكم فى ذلك سواء •

١٨١٥ ـ ولا خلاف بين العلماء ان القول قول المنكر للبيع مع يمينه ، وانه لابد من اليمين لتسقط الدعوى فى البيع وفيما يصح بدله عند ابي حنيفة •

١٨١٦ ـ وما لا يصح فقد ذكرنا فيما تقدم ما يستحلف فيه ومالا يستحلف فيه فلا وجه لاعادته •

---

(١) ورد هذا الحديث في كتاب الآثار لابي يوسف ورقمه ٨٣٠ وصيغته « اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع أو يترادان البيع » والمراد بالاختلاف ههنا الاختلاف في الثمن كما هو ظاهر من سبب الحديث وانه روى في صدد نزاع على ثمن مبيع ، وقد جاء فى موطأ مالك اخراج محمد بن الحسن الشيباني ان صفة الحديث المذكور هى « ايما بيّعان تبايعا ، فالقول قول البائع أو يترادان» • قال محمد :

وبهذا نأخذ ، اذا اختلفا في الثمن تحالفا وترادا البيع ، وهو قول ابي حنيفة ، والعامة من فقهائنا ، واذا كان المبيع قائما بعينه ، فان كان المشترى قد استهلكه فالقول ماقال المشترى في الثمن ، في قول أبى حنيفة ، واما فى قولنا فيتحالفان ويترادان القيمة » •

فصـــــل

اتفاقهما على البيع واختلافهما في فساده

الأصل في العقود الصحة

١٨١٧ ـ واما اذا اتفقا على البيع ، واختلفا فى فساده فالاصل عدم الفساد ، لأن دخول كل متعاقدين فى عقد اعتراف منهما بصحة ذلك العقد •

١٨١٨ ـ والوجه الآخر : القول لمن يدعي الفساد •

١٨١٩ ـ الا ان يكون العقد يشهد بالفساد أو فيما يقتضى الفساد فيعمل بذلك فيه ، ويجعل القول قول من يدعيه كالمشترى لام ولد أو لمكاتب أو مدبر أو مالا يجوز شراؤه ولا بيعه عند الحاكم الذى ارتفع اليه فلا يسمع الدعوى •

فصـــــل

اختلافهما في القبض

الأصل عدم القبض

١٨٢٠ ـ واذا اختلفا فى قبض المبيع او قبض الثمن فالقول قول الذى ينفى ذلك ، والبينة بينة المثبت للقبض منهما اذا اقاما بينة •

١٨٢١ ـ وهذا لا خلاف فيه لان الاصل عدم القبض ، والقبض أمر حادث فمن ادعاه فهو المدعى ، فاذا شهدت بينة بانه لم يقبض ، والاخـــــرى بالقبض فبينة القبض مثبتة للحكم والاخرى نافية ، فتكون بينة القبض أولى •

فصـــــل

١٨٢٢ ـ واذا اشترى الرجل سمنا او غيره فى زق فاتزنه ، ثم جاء بالزق ليرده ، فقال البائع :

ـ ليس هذا زقي ، فالقول قول المشترى مع يمينه ، لأنه مشتر للســـمن

ومؤتمن فى الزق فالقول قول المشترى ، اذا جاء بما هو مؤتمن عليه فقال :
ـهذا هو :
كان القول قوله
وجعل المضمون عليه من الزق[1] ما يقوله ، والبائع يدعى عليه الزيادة فالقول قوله انه لم يستوف الا ما يقوله •

فصـــــل

الاختلاف في قيمة المقبوض وقيمة غير المقبوض

١٨٢٣ ـ واذا اشترى عبدين فقبض احدهما فمات عنده ، ومات الاخر عند البائع ، ثم اختلفا فى قيمة المقبوض وفى قيمة الآخر فالقول قول المشترى •

قال محمد :

الا ترى انه لو اشترى طعاما فقبض بعضه وهلك الباقى عند البائع فقال قبضت ثلثه وقال البائع قبضت نصفه فالقول قول المشترى لانه الضامن ، ولانه لو انـكر لكان القول قوله •

فصـــــل

موت أحد المبيعين عند المشتري ورد الآخر بالعيب واختلافهما في قيمة الميت

١٨٢٤ ـ ولو كان المشترى قبض العبدين فمات احدهما عنده وجاء بالاخر يرده بالعيب واختلفا فى قيمة الميت كان القول قول البائع مـــع يمينه ، لان المشترى يدعى براءة نفسه بعود هذا العبد اليه زيادة على ما يقوله البائع ، ولا يشبه المسئلة الاولى لان التسليم واجب على البائع بالبيع فلا يصدق البائع فى انـه قد برىء منه ، ولانه دخل فى ضمان المشترى ، ويقسم الثمن على قيمة الذى يرده غير معيب وعلى قيمة الميت كما أقر به البائع فيرده بما يخصه ويلزمه حصـة

---

(١) فى النسختين : الزيت •

الميت ، لأنا جعلنا القول قول البائع فيما يخص هذا العبد اذ كانا جميعا فى ضمان المشترى •

١٨٢٥ ـ وان اقاما بينة كانت البينة بينة البائع ايضا ، لأنه أقام البينة على زيادة قيمة الميت ، والوجه الذى قبلنا بينته غير الوجه الذى جعلنا القول قوله فيما يسقط عن المشترى من الثمن ، وقبلنا بينته فى زيادة الثمن للميت •

١٨٢٦ ـ وكذلك لو كان مكان العبدين عدلا رطب فانه يقسم الثمن كذلك عند التنازع على سواء •

فصـــــل

اختلافهما في المبيع أو الثمن

١٨٢٧ ـ قال أصحابنا :

واذا اختلف المتبايعان فى المبيع او الثمن فانهما يتحالفان ، سواء أكان ذلك عينا او فى الذمة ، فأن كان فى الذمة ، فكل ما كان معقودا عليه فانه يثبت التحالف فيه عندنا ، والتحالف يثبت فى الجملة بين المتعاقدين •

١٨٢٨ ـ وقال داود (الظاهرى) لا يثبت •

١٨٢٩ ـ لنا خبر ابن مسعود انه عليه السلام قال :

« اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا » •

أو لأن كل واحد منهما يدعى على صاحبه عقدا غير العقد الذى يدعيه الآخر • فيجب على كل واحد اليمين على دعوى الآخر •

فصـــــل

اختلافهما في الثمن مع قيام السلعة

١٨٣٠ ـ واذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن والسلعة قائمة فى يدى البائع أو المشترى فالقول قول البائع لأنه عليه التسليم •

قال : « اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فالقول قول البائع » [١] •

(١) وردت هذه الجملة فى الهامش الاعلى من نسخة قليج •

قال ابو الحسن رحمه الله كان القياس عند ابي حنيفة وابى يوسف رحمه الله ان يكون القول قول المشترى مع يمينه ، لكنهم تركوا القياس لاجل الخبر .

١٨٣١ ـ وقال أبو خازم القاضي اذا كانت السلعة معهما فالقياس ان يكون القول قول المشترى وان كانت السلعة فى يدى البائع فالقياس ان يتحالفا على ماورد به الخبر ، لان السلعة اذا كانت في يدى البائع فكل واحد منهما يدعى حقا على صاحبه فيجب ان يتحالفا ، واذا قبضت فلا حق للمشترى في الدعوى لان الملك قد وصل اليه بالقبض وانما الدعوى للبائع عليه ، فيجب ان يجعل القول قوله الا انهما يتحالفان للخبر .

١٨٣٢ـ وقال الحسن بن ابي مالك وابو عبدالله البلخي القياس ان يجعل القول قول المشترى في الوجهين جميعا ، وانما ترك للاثر لانهما اتفقا على ان الملك للمشترى والبائع يدعى عليه الزيادة وهو ينكرها فالقول قوله .

١٨٣٣ ـ وقال بعض اصحابنا هذا خطأ لأن الخلاف في العقد وعليه يتحالفان ولو كان ذلك اختلافا في الدين لكان على الزيادة دون مايعترف به من الدين .

١٨٣٤ـ وقال في كتاب الدعوى :

كان ينبغي فى القياس انهما متى حلفا انه بيع بألف درهم كفى ولكن تركنا هذا القياس للاثر ، لانهما اتفقا على ان الملك للمشترى وقد اتفقا على قدر ما اتفقا عليه من الثمن ، والبائع يدعي الزيادة ، فكان القول قول المشترى ، لانه يدعي الظاهر والبينة بينة البائع ، لانه يدعي خلاف الظاهر ، وانما تركنا ذلك لقوله عليه السلام : « اذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول قول رب السلعة أو يترادان » .

١٨٣٥ـ وروى انه قال : « اذا اختلف المتبايعان والبيع قائم فالقول قول البائع أو يترادان » .

فقال الكرخي رحمه الله : هذا الخبر ورد بخلاف قياس الاصول ، فقد ورد بضرب آخر من القياس لانه لاخلاف انهما لو اجمعا على ان الملك كان لزيد ثم اجمعا انه انتقل الى عمرو واختلفا في الجهة التي انتقل منها اليه فقال عمرو

ملكت ذلك بهبة او صدقة وقال زيد ملكت ذلك بالشراء فالقول قول زيد ، كما انه لو ادعى عليه الملك وانكره كان القول قوله دون قول مدعي الملك ، واذا صح ذلك وجب ان يكون القول قول المالك فيما ملك به عليه ، كما يكون القول قوله في الجهة التي انتقل بها الملك ، وقد فرق بين الموضعين بانه في الهبة لم يوافقه على جهة الملك وفي مسألتنا قد وافق البائع المشترى على انه ملك بالشراء فينبغي ان يكون القياس بخلاف الخبر •

١٨٣٦ـ وانما يكون القول قوله مع يمينه وان لم ترد اليمين في الخبر لان من دفع دعوى غيره عليه حقا كان القول قوله مع يمينه ويحلف المشترى ايضا لان المشترى يدعى عليه البدل الذى يدعيه البائع فيجب ان يحلف •

١٨٣٧ـ وهذا أصل جار فيما يصح بذله عند ابي حنيفة مما يستحلف فيه وعند ابي يوسف والشافعي في كل ما يصح الاقرار به الا الحدود خاصة وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه ولا يرد اليمين ، وقال الشافعي برد اليمين •

فصل
من الذي يبدأ به في اليمين

١٨٣٨ـ والذى يبدأ به في اليمين البائع ، وهذا قول ابي يوسف الاول ، وهو قول زفر ثم رجع وقال الذى يبدأ به في اليمين هو المشترى ، وهو قول محمد لانه المبتدأ به في الثمن اذا كان غير معين •

١٨٣٩ـ وقد بينا ان الشافعي يبدأ بتسليم المبيع فيبدأ بيمين البائع •

١٨٤٠ـ وقال الطحاوى في أدب الحكام الصغير له :

قال أبو حنيفة :

اذا اختلف المتبايعان في الثمن قبل القبض وبعده فانهما يتحالفان ويترادان ويبدأ باليمين البائع •

١٨٤١ـ وذكر ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة انهما اذا اختلفا في الثمن بدأت بالمشترى وان اختلفا في المبيع بدأت بالبائع •

١٨٤٢- واختلافهما في المبيع ان يقول المشترى اشتريت منك ثوبين ويقول البائع بعتك ثوبا واحدا ، فيبدأ ههنا بالبائع •

١٨٤٣- والخلاف في الثمن ان يقول :

بعت بالف

ويقول المشترى بخمسمائة ، فنبدأ ههنا بالمشترى •

فصـــــل

في العين بالعين والدين بالدين

١٨٤٤- وهذا اذا كان الثمن دينا •

فان كان عينا بعين ، او كان الثمن والمبيع دينا فان الحاكم بالخيار في البداية بأيهما شاء لانه ليس هناك ما يوجب تقديم احدهما على الآخر •

١٨٤٥- وكان الكرخي رحمه الله يقول :

الرواية في العين بالعين ، والدين بالدين قياس المذهب •

فصـــــل

اختلفا في الثمن والسلعة مستهلكة

١٨٤٦- وان اختلفا في الثمن والسلعة مستهلكة في يدى المشترى باستهلاك أو اكل فالقول قول المشترى مع يمينه ، ويلزمه ما أقر به من الثمن عند ابي حنيفة وابي يوسف •

١٨٤٧- وقال محمد والشافعي يتحالفان ، ويكون على المشترى قيمة السلعة والقول في القيمة قول المشترى مع يمينه •

١٨٤٨- ولو اقاما بينة اخذت بينة البائع لانه يثبت الزيادة على المشترى وانما لم يثبت التحالف مع هلاك السلعة لان الخبر ورد معللا بقيام السلعة ، ولان بعد الهلاك لايصح فسخ البيع بالعيب وكذلك بالتحالف والاقالة لانه لا فائدة من اليمين الاولى لان القول قوله في القيمة •

فصـــــل

السلم

المبيع في الذمة

١٨٤٩ـ واذا كان المبيع في الذمة سلما واختلفا في الجودة او الرداءة او الوسط او في قدره فانهما يتحالفان لان هذه المعاني معقود عليها في السلم فالاختلاف فيها اختلاف في نفس المعقود عليه •

وان كان الخلاف في صفات العين لم يثبت التحالف لانها غير معقودعليها

فصـــــل

كيف يحلف البائع

١٨٥٠ ـ وكيف يحلف البائع ههنا ؟

قال اصحابنا :

ـ يقول بالله ما بعت بالف وانما بعت بالفين •

قالوا : الثمن انما يكون على النفي ولكن ههنا يدعي الشراء فيه بالف وهو يرد ذلك فيمينه ههنا على الاثبات ولا يكون يمينا على الاثبات الا ههنا ولكنها على وجه التبع للنفي ، ومثل هذا جائز ، لان المودع اذا قال رددت الوديعة ، وان كانت اليمين على الاثبات الا ان معناه انه لا يستحق على الوديعة فكذلك هذا ، لكن في هذه الزيادة فائدة ، لانه اذا حلف انه ماباع بألف يجوز أن يقول قد بعت بالف وخمسمائة ، فاذا قال بعت بالفين لم يمكن ان يدعي بعد ذلك •

١٨٥١ـوالمشترى يحلف فيقول :

بالله ما اشتريت بالفين وانما اشتريت بالف كما قلناه في البائع •

فصـــــل

كيف يحلف البائع

١٨٥٢ـ واذا حلفا جميعا فانه يبقى المبيع بينهما قائما ولا يفسخه الحاكم

حتى يسأل ذلك احدهما لان دعوى كل واحد قد بطلت بيمين الآخر فصار بيعا بغير بدل فيفسد ، والبيع الفاسد يحتاج في رفعه الى حكم الحاكم ، لانه يجوز ان يرجع احدهما الى تصديق الآخر ، وليس هذا كفرقة اللعان عندنا لان الفرقة حق لله تعالى ، فلو تراضيا على البقاء على النكاح لم يجز ذلك فلهذا فرق من غير مسئلة .

فصل

اختلافهما في جنس ما أسلم فيه

١٨٥٣ ـ واذا قال احدهما اسلمت اليك في كر[1] حنطة ، وقال المطلوب في كر شعير تحالفا لانه اختلاف في المعقود عليه .

ولا يشبه هذا اختلافهما في ذرع الثوب اذا كان عينا انه لاتخالف لانه ليس معقودا على الصفة في البيع لان زيادة الذرع عندما يكون للمشتري ونقصانه لايوجب حط جزء من الثمن ، ويفسخ العقد بينهما .

١٨٥٤ ـ وقال اصحاب الشافعي في فسخ العقد بعد التحالف وجهان :

أحدهما كما قلناه .

والثاني ينفسخ بنفس التحالف

اليمين في السلم

١٨٥٥ ـ ويبدأ في السلم بيمين المطلوب في قول ابي يوسف الاول ، وهو قول زفر .

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة (كرر) : الكُرُّ مكيال لاهل العراق ، وفي حديث ابن سيرين : اذا بلغ الماء كرا لم يجعل نجسا ، وفي رواية «اذا كان الماء قدْر كر لم يحمل القذر » والكر ستة أوقار حمار ، وهو عند أهل العراق ستون قفيزا ويقال للحسى كرايضا ، والكر واحد أكرار الطعام ، ابن سيده : يكون بالمصري اردبا ، قال ابو منصور : الكر ستون قفيزا ،والقفيز ثمان مكاكيك، والمكوك صاع ونصف وهو ثلاث كيلجات ، قال الازهري : والكر من هذا الحساب اثنى عشر وسقا كل وسق ستون صاعا .

وفي الثاني بيمين الطالب وهو قول محمد لانه جعل المطلوب كالبائـــع ، والطالب كالمشترى •

فصـــــل

١٨٥٦ـ وان اقاما جميعا بينة اخذت بينة الطالب لانه ادعى جنسا وانكـره الآخر فوجب ان تكون البينة بينته ، لانه اثبت ما ادعاه ، والمطلوب أقـام البينة على شيء قد ابرأه عنه ورد اقراره فيه •

فصـــــل

اختلافهما في مكان الإيفاء

١٨٥٧ ـ وان اختلفا فى مكان الايفاء فالقول قول المطلوب والبينة بينة الطالب في قول ابي حنيفة •

١٨٥٨ـ وقال ابو يوسف ومحمد يتحالفان وهو قول الشافعي لان المكـان اختلاف فى غير المحلوف عليه فصار كالاختـلاف فى الرد بالعيب ، وهـما يقولان القيمة تختلف بالاماكن فصار كالمعقود عليه •

فصـــــل

اختلافهما في الثمن بعد هلاك إحدى العينين

١٨٥٩ ـ واذا كان المبيع عينين فهلكت أحداهما ثم اختلفا في المثن فان أبا حنيفة قال :

ـ لا يثبت التحالف الا ان يرضى البائع ان لا يأخذ من الهالك ثمنا ولا قيمة ويجعله كأنه لم يكن فحينئذ يتحالفان ويرد الباقي •

١٨٦٠ ـ وقال أبو يوسف يتحالفان فيالباقي ويلزمه عن الهالك الثمن والقول قول المشترى فيه •

١٨٦١ـ وقال محمد والشافعي :
يتحالفان ويرد الباقي وقيمة الهالك ، وهذا اذا كان المشترى قد قبض •
١٨٦٢ـ وجعل ابو يوسف ذلك كالرد بالعيب اذا هلك البعض رد الباقي
١٨٦٣ ـ ومحمد يوجب التحالف مع قيام المبيع ومع هلاكه كله ويرد القيمة
١٨٦٤ـ وابو حنيفة جعل ذلك كالاقالة ومضى على اصله من القياس •
١٨٦٥ ـ وان اقاما جميعا بينة فالبينة بينة الطالب لانه اجتمع بينتان أحدهما له والاخرى عليه فكانت التي عليه اولى •

فصـــل

اختلافهما في المسلم والمسلم به

١٨٦٦ـ واذا اختلفا فقال احدهما اسلمت اليك عشرة دراهم في كرى حنطة وقال الآخر بل اسلمت لي عشرين درهما في كر واحد فانهما يتحالفان وايهما نكل لزمته دعوى صاحبه •

١٨٦٧ـ وان اقاما البينة جميعا قبلت بينة الطالب في كرين وبينة المطلوب في عشرين درهما لانا نأخذ بالزيادة من البينتين وكل واحدة تثبت حقا على الآخر فينبغي ان يقضى به •

فصـــل

١٨٦٨ـ وان قال الطالب : خمسة دراهم في كر حنطة وقال المسلم اليه : عشرة دراهم في كر شعير فأقاما جميعا البينة فأنه يقبل بينة الطالب في الحنطة وبينة المطلوب في العشرة فتقبل بينة كل واحد منهما فى الزيادة •
١٨٦٩ـ وقال الشافعي تتهاتر البينتان •
١٨٧٠ـ وقال محمد : ذلك سلمان : خمسة في كر حنطة وخمسة في كر شعير •

١٨٧١ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ان رجلين تنازعا في

بعير واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فقضى به بينهما نصفين ، وهذا على الشافعي لانه سوى المسئلتين وعلى محمد أنه لم يجر بينهما الا عقد واحد فلا يجوز أن يلزمهما عقدان •

١٨٧٢ـ وليس كذلك اذا كان رأس المال جنسين لانه لايمكن أن يدخل احدهما في الآخر وفي مسئلتنا يدخل الاقل في الاكثر •

١٨٧٣ـ ومحمد يقول يجب أن تصحح البينتان جميعا •

١٨٧٤ ـ وكل واحد يدعي غير ما يدعيه الآخر من المعقود عليه فهو كما لو ادعى أحدهما عبدا والآخر جارية •

فصل

الاختلاف في الأجل أو الخيار أو الرهن . . . إلخ

١٨٧٥ ـ واذا اختلفا فى الاجل أو الخيار أو الرهن أو الكفيل أو الضمين فأنهما لايتحالفان عندنا ويكون القول قول من ينفي ذلك •

١٨٧٦ ـ وقال زفر والشافعي يتحالفان ، لانه اختلاف في غير المعقود عليه فلا يتحالفان وهما قاسا ذلك على اختلافهما في المعقود عليه •

فصل

١٨٧٧ ـ واذا كان الاختلاف في الاجل فقال الطالب شرطت لك كذا من الاجل وقد مضى وادعى المطلوب أجلا ابعد منه وانه لم يحل فالقول قول الطالب مع يمينه •

١٨٧٨ ـ والاجل حق للمطلوب لانه لو اسقط الاجل وعجل المسلم فيه اجبر رب السلم على قبوله ، وهو يدعي الزيادة على ما اقر به الطالب فالقول قول من ينفي الزيادة •

فاذا أدعى الطالب ايفاءه لم يصدق وعليه البينة انه قد اوفاه الذي اقر به كمن أقر بدين وادعى ايفاءه •

١٨٧٩ـ وان أقاما بينة فالبينة بينة المطلوب •

١٨٨٠ ـ ولو قال الطالب : أجلتك شهرا وقد مضى •

وقال المطلوب لم يمض انما أخذت منك الساعة فالقول قول المطلوب أيضا ، وكان القياس أن تكون البينة بينة الطالب لانه يدعي الايفاء فصار كمن يدعى ايفاء الدين • وانما جعلنا بينة المطلوب أولى لانه يثبت اختلافهما بعمل فيه التأجيل عن الشهر الذى أقام البينة على ايفائه به فهو مثل أن يقيم البينة أنه أوفاه الدراهم وأقام الذى له الدين أن عليه مائة دينار ولم تعارضه بينة في ذلك ، وكذلك في الشهر الذى اثبت هو الاجل لم تعارضه فيه بينة الطالب ، والوجه الذى جعلنا القول قوله غير الوجه الذى قبلنا بينته •

فصل

نفى أحدهما شرط الأجل وادعاءه الآخر

١٨٨١- وان نفى أحدهما شرط الاجل وادعاه الآخر فالقول قول الذى ادعاه ايهما كان •

١٨٨٢- ولا يصدق الآخر على الفساد للسلم والقياس أن يكون القول قول من ينكر الاجل لان الاجل يدعى عن الطالب وهو جاحد فلا يصدق عليه كما لاتصديق في زيادة الثمن ، وكما لو أنكر السلم رأسا والاستحسان أن يكون القول قول من يدعي الاجل الا أن يكون المثبت للاجل هو الذى يستحق عليه فلا يكون ذلك استحسانا ، ويكون قياسا ، ويكون السلم فاسدا عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة يثبت السلم استحسانا •

١٨٨٣ - وجه قولهما أن الأجل في السلم حق للمطلوب على الطالب فلا يجوز أن يستحقه المطلوب عليه بقوله ، كما لا يجوز أن يستحق عليه بقوله أن هذا رهنه عندى ، أو أن هذه الدار أجرها مني •

١٨٨٤ - والاستحسان أن يكون القول قول من يدعيه لان تسمية السلم تقضي ثبوت الاجل ، لانه عبارة عن تقديم أحد العوضين وتأخير الآخر ، وقد أجمعا على أن ذلك سلم فصار كأنما قد اعترفا بثبوت الاجل في ذلك ولو اعترفا بذلك ثم قال الطالب لم يكن أو قال المطلوب لم يؤجل لم يصدق واحد منهما لان المنكر بعد ذلك مدع لفساد العقد الذى اعترفا به ، وليس يمنع ان يستحق بما يجرى

مجرى الاعتراف لان البائع لو قال بعت مالم يـكن لـي أو قال المشـتري اشتريت ما لم يكن للبائع بعد اعترافهما بالبيع لم يصدقا في ذلك ، وكما لو أقرا بعقـد نكاح وادعى أحدهما أنه كان بغير شهود لم يصدق في ذلك •

١٨٨٥- ويثبت الاجل وان كان مجهولا ويرجع الى قول المسلم اليه اذا كان ما ادعاه في العادة ، وان ادعى شيئا منع منه العادة التي يتعارف الناس ذلـك فلا يكون القول قولـه ويرجع فيه الى العـادة ، ولا يتحـالفان ولا يترادان في اختلاف الاجل خلافا للشافعي •

فصـــل

قاعدة من لزمه شيء فالقول قوله مع يمينه

١٨٨٦ ـ واذا تاركا السلم بعد قبض رأس المال ثم اختلفا في رأس المـال فالقول قول المطلوب مع يمينه ، لانه يدعي عليه زيادة وهو ينكرها فالقول قوله •

١٨٨٧- وقالوا لو رد المبيع على البايع بعيب ثم اختلفا في الثمن جعل القول قول البائع أنه ماقبض الا ذلك القدر لان من لزمه شيء فالقول قوله مع يمينه •

فصـــل

اختلافهما في المعقود عليه في السلم

١٨٨٨- واذا اختلفا فقال رب السلم اسلمت اليك في ثوب هروى[1] وقال الذى عليه السلم بل هو زطي [2] فأنه يحلف الذى عليه السلم بالله ماهو بهروى فان حلف برئ ، وعلى الطالب أن يحلف بالله ماهو زطي ، فاذا حلف رد رأس المال لانه اختلاف في نفس المعقود عليه فوجب التحالف •

١٨٨٩- وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ويصير كأنه صدقه فيما يدعـي عليـه •

١٨٩٠ ـ وان أقاما جميعا بينة فالبينة بينة الطـالب لانه اثبت المطلوب بينته

---

(١) نسبة الى هراة •

(٢) نسبة الى الزط وهم قبيل من الناس كانوا يعيشون فـي سـواد العراق • وفي لسان العرب : الزُط جيل اسود من السند اليهم تنسب الثياب الزطية ، وقيل الزط اعراب جَت بالهندية وهم جيل من أهل الهند وقيل الزط السبابجة قوم من السند بالبصرة •

ثوبا زطيا ، وقد ابرأه الطالب منه والبراءة تصح لانها في الذمة ، وقد اثبت الطالب ببينته ثوبا هرويا فوجب أن تقبل بينته عليه لانه ما ادعاه •

١٨٩١- وان اتفقا على أنه ثوب يهودي غير ان الطالب قال : هو ستة أذرع في ثلاثة أذرع ، وقال المطلوب هو خمسة أذرع في ثلاثة فهذا والاول في القياس سواء يتحالفان ويترادان ، وبالقياس نأخذ •

١٨٩٢ ـ وأما في الاستحسان فينبغي ان يكون القول قول المطلوب مع يمينه لان الذرع صفة ، والاختلاف في الصفات لايوجب التحالف والتراد ، كما لايوجب ذلك في البيع •

١٨٩٣ ـ والقياس أن السلم عقد على صفة ثبتت في الذمة ، فهو اختلاف في نفس المعقود عليه كما لو اختلفوا في العين المبيعة ، والذرعان في المبيع صفة فيه وليس بمعقود عليه لانه لا ينقص بنقصانه ولا يزيد بزيادته عندنا •

فصـــــل

اختلفا في السلم وفي رأس المال

١٨٩٤- واذا اختلفا في السلم وفي رأس المال ولم يقبضه ولم يتفرقا فقال المسلم اليه : اسلمت الى هذه الجارية في مائة مختوم حنطة ، وقال رب السلم : بل اسلمت اليك هذا العبد في مائتي مختوم حنطة تحالفا وترادا لانه اختلاف في المعقود عليه •

١٨٩٥ ـ وان اقاما بينة لزمته الجارية بمائة مختوم حنطة ، ولزمه العبد بمائتي مختوم حنطة لان كل واحد منهما قد اثبت عقدا غير العقد الذي اثبته الآخر ولم يعارض فيه الآخر لان عقد الجارية بمائة ، وعقد العبد بمائتين •

فصـــــل

إنكار قبض رأس المال

١٨٩٦ ـ واذا قال الرجل : اسلمت الى عشرة دراهم في كر حنطة ، ثم

قال بعدما سكت : ولكن لم أقبض رأس المال ، أو قال رب السلم : قد قبضت ، فالقول قول رب السلم •

١٨٩٧ـ وكذلك لو قال :

أسلمت لي ثوبا فى كر حنطة فهو مثل ذلك ، وهذا استحسان ، وكان القياس أن لا يكون قابضا من يقول قبضت الثوب والدرهم ، لان قوله : اسلمت لي ليس هو اقرارا بالقبض وانما هو اخبار عن العقد ، وان كان اقراره يحتمل أنه بالعقد والقبض فوجب أن لايلزم الابيقين ، والاستحسان انه قد جعل قوله أسلمت لي في العادة بمنزلة قوله اسلفت الى ، وهى عبارة عن القبض فقوله بعد ذلك : لم أقبض رأس المال رجوع فلا يصدق فيه •

١٨٩٨ـ وعلى هذا قال أصحابنا :

اذا قال لفلان علي ألف درهم ثمن جارية باعنيها ، ثم قال : لم اقبضها ، وقال الاخر : قد قبضت كان المال عليه لانه لايلزمه المال الا بالقبض فاقراره بالمال اقرار بالقبض وصل أو قطع فى قول ابي حنيفة •

١٨٩٩ ـ وعند ابي يوسف يقبل أن وصل ولا يقبل ان قطع •

وقال الشافعي : يقبل وصل أو قطع ولا يشبه هذا عندنا اذا أشار الى عبد بعينه لان الثمن يجوز أن يكون ثابتا فى المعين •

فصل

١٩٠٠ ـ واذا اختلفا فقال رب السلم :

أسلمت اليك هذا الثوب فى كر حنطة وقال المسلم اليه :

بل أسلمت الي هذين الثوبين في كر حنطة تحالفا وترادا لانه اختلاف فى المعقود عليه وان أقاما بينة فالبينة بينة المسلم اليه بالقولين جميعا لان البينة على شيء حصل الاقرار معه لا تقبل ، وانما تقبل على شيء حصل الانكار (معه) وهو الثوب الزائد •

فان قال المسلم اليه : اسلمت الي ثوبين في كر حنطة ، وقال رب السلم : بل اسلمت اليك أحدهما وهو هذا بعينه في كر حنطة وكر شعير « واقاما البينة قضى للمسلم اليه الثوبين جميعا وقضي عليه بكر حنطة وكر شعير »[1] لان هذا ادعى زيادة المسلم فيه

فصل

اختلافهما في قبض رأس المال في المجلس

١٩٠١ـ وان اختلفا في قبض رأس المال في المجلس فقال احدهما :

تفرقنا من غير قبض وهو رب السلم ، واقاما بينة بذلك فالبينة بينة المسلم اليه لان بينة رب السلم بينة على النفي ، وذلك لايقبل ، وبينة الآخر تثبت صحة السلم •

١٩٠٢ـ ولو كانت الدراهم في يد رب السلم بأعيانها فقال المسلم اليه أودعنيها أو غصبها بعد قبضي لها ، وقد قامت البينة بالقبض كان القول قوله ويقضى له بالدراهم ان أقام البينة على القبض وان تلك الدراهم له •

فصل

اختلاف ورثة البائع والمشتري في الثمن

١٩٠٣ـ واذا كان البائع قد مات واختلف في الثمن ورثة البائع والمشترى فالقول قول ورثة البائع ان كان المبيع في أيديهم •

والقول قول المشترى ان كان المبيع في يده ، وكذلك لو مات المشترى وبقى البائع كان القول قول الذى فى يده منهم ، وهذا استحسان والقياس فى هذا

(١) مابين قوسين من نسخة قليج •

والاول سواء أن يكون القول قول المشترى فى ذلك كله ، فتركوا ذلك للاثر ، وهو قول أبي حنيفة وابي يوسف •

١٩٠٤ـ وقال محمد والشافعى **يتحالفان** ويترادان وحياتهما وموتهما سواء اذا لم **يعتبرا** قيام السلعة فأبو حنيفة حصر الحلف بحياتهما وقيام السلعة للخبر ، فما عدا موضع الخبر فهو متروك على مايوجبه القياس ، وان تخالف[1] بين الورثة بعضهم في بعض ، فاذا كان في يد ورثة البائع لم تزل يدهم الا بالقبض، وان كان فى يد ورثة المشترى فقد اقر البائع بزوال ملكه ، وهو يدعي عليه الثمن وليس من حيث قام الورثة مقام الميت في الرد بالعيب يجب أن يقوموا ههنا مقامه ، لان فى العيب قد بقى عند البائع حصة من الثمن للمشترى فيصح لهم المطالبة بذلك •

فصل

ازدياد السلعة خيراً

١٩٠٥ـ وان كانت السلعة في يد المشترى قد زادت خيرا ، وكانت جارية فولدت ، أو جني عليها ، واخذ المشترى ارثها لم يكن بينهما **تحالف** على ماتقدم في القياس عند ابى حنيفة وابى يوسف •

نقصان السلعة

١٩٠٦ ـ وان كانت نقصت أو جنى عليها المشترى فالقول قول المشترى أيضا الا أن يرضى البائع بأخذها ناقصة ، لانه اذا هلك بعض المبيع فليس المبيع قائما بعينه ، واما اذا رضى فقد اخرج مانقص من المبيع فصار فى الحكم كأن البيع لم يقع الا على هذا القائم ، دون الهالك، لان الاختلاف بين المتبايعين لايقع فيه ، لانه خرج من جملة المبيع ، والاختلاف انما هو في تصحيح الثمن ، وصار هذا كما

---

(١) نسخة قليج تحالف والنسخة الاخرى غير منقوطة وسياق الكلام ما أثبتناه •

لو كان المبيع عبدين فمات أحدهما ورضى البائع أن يأخذ الحي ولا يطالبه بثمن الميت •

فصل

اختلفا وقد خرجت السلعة من ملك المشتري

١٩٠٧ـ واذا اختلفا وقد خرجت السلعة من ملك المشترى فالقول قول المشترى في قول أبي حنيفة وابى يوسف ، لان القياس يوجب المنع من موجب خبر التحالف ، والخبر مشروط بقيام السلعة ، والامر ههنا بخلافه •

فصل

رجوع السلعة إلى المشتري بغير الوجه الذي خرجت به من يديه

١٩٠٨ ـ وكذلك ان رجعت اليه بوجه غير الوجه الذى خرجت به من يديه فالقول قول المشترى لان الملك محدد فلا يجوز ان يفسخ الملك لاجل الاختلاف في العقد الاول •

١٩٠٩ـ وهذا قول أبي حنيفة وابى يوسف •

١٩١٠ـ وقال محمد : يتحالفان ويترادان ، لان الذى أوجب التحالف مع بقاء السلعة على حالها هو أنه لايجوز أن يستحق كل واحد منهما على صاحبه ملكه بقوله •

١٩١١ـ واما اذا خرج عن ملكه لم يصح فيه التراد لفوات المبيع ، وفوات المبيع يسقط التحالف •

فصل

باعها البائع من رجلين

١٩١٢ـ فان كان البائع باعها من رجلين فباع احدهما نصفه من شريكه

ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الذي باع نصفه ويتحالفان على حصة الآخر •

١٩١٣- قال الكرخي رحمه الله : وهذا عندي اذا رضي البائع أن يأخذ هذا النصف لان في ذلك تفريق الصفقة عليه كاثنين اشتريا عبدا ثم وجدا به عيبا فليس لواحد منهما أن يرد على قول ابي حنيفة ، وقال يحتمل أن يكون مسألة الكتاب على قول ابي يوسف ومحمد أيضا لان البائع يقول : انا لم أرض بتفريق الصفقة علي • ولا يشبه هذا العيب عندهما لانه كان موجودا في حالة العقد •

١٩١٤- واذا اشترى عدلا[1] زطيا وأقر أنه زطي فلم يره وقبضه ثم جاء بعد ذلك برده وقال وجدته كرابيس[2] لم يصدق لانه قد أقر بالاستيفاء لما اشترى فدعواه بعد الاقرار انه لم يستوف تكذيب لما اقر به فوجب أن لايصدق •

١٩١٥- ولو كان قال : لا أدري ازطي هو أم لا لكن أخذته على قولك فانظر اليه ، ثم جاء به فرده وقال وجدته كرابيس ،كان مصدقا لانه لم يتقدم منه اقرار بقبض ما اشتراه ، ولانه اذا كان فيه خيار الرؤية فانه اذا نقض المبيع المشتري انتقض •

١٩١٦- فاذا قال المشتري هذا ثوبك وقد نقضت البيع فيه حصل في يده

---

(١) في لسان العرب عن سيبويه أن العدل بالكسر لايكون الا للمتاع ، واجاز غير سيبويه أن يقال عندي عدل غلامك أي مثله وعدله بالفتح لا غير قيمته، قال ابن الاثير (العدل) بالفتح ماعادله من جنسه وبالكسر ماليس من جنسه وقيل بالعكس ••• والعدل نصف الحمل يكون على أحد جنبي البعير ، وقال الازهري العدل اسم حمل معدول بحمل أي مسوى به ، والجمع إعدال وعدول عن سيبويه • وقال الفراء في قوله تعالى او عدل ذلك صياما قال : العدل ماعادل الشيء من غير جنسه ، ومعناه أي فداء ذلك والعدل المثل مثل الحمل •

(٢) في لسان العرب في مادة كربس : الكرباس والكرباسة ثوب ، فارسية وبياعه كرابيسي التهذيب : الكرباس بكسر الكاف فارسي معرب • ينسب اليه بياعه فيقال كرابيسي والكرباسة أخص منه والجمع الكرابيس • وفي حديث عمر (ر) وعليه قميص من كرابيس ، هي جمع كرباس وهو القطن••• والكرباس راوق الخمر •

ثوب لغيره ، فالقول قوله ، واذا لم يكن فيه خيار وانكر البائع أن يكون هذا ثوبه فالقول قوله ولا يصدق المشترى .

فصـــل

١٩١٧ـ واذا اشترى ثوبا وقال البائع (هو) هروى وقال المشترى . لا ادرى وقد رآه ولكن أخذه على مايقول ثم جاء به يرده وقال وجدته يهوديا ، لم يصدق لانه لم يكن فيه خيار وقد كان رآه ، ولا يشبه هذا اذا اشترى عبـــدا لم يره أن له فيه خيار الرؤية ، الا ترى أنه لو قال اشتريت هذا الفرس واشار اليه فاذا هو برذون لم يكن له ردها .

١٩١٨ـ واذا نظر الى عدل مطوى ولم ينشره ثم اشتراه فليس له أن يرده الا من عيب ، لان العادة أن يكون مطويا ، كذلك هذا .

فصـــل

اختلاف الصفات

١٩١٩ـ ولو اشترى جارية على أنها خراسانية فوجدها سندية جاز له ردها وهذا بمنزلة العيب فيها لان معانيها تختلف وتتفاوت تفاوتا كثيرا فصار كاختلاف الجنس ، وان كان بنو آدم كلهم جنسا واحدا ، الا ترى ان الاجسام كلها وان كانت جنسا واحدا فانها اذا اختلفت الصفات التي هي عليها وتفاوتت المعاني المطلوبة منها صارت في الحكم والتعارف كالاجناس المختلفة فى الاصل ، وان كانـــت الجسمية لها جامعة وكان كونها جوهرا يقتضي فيها المماثلة .

فصـــل

اشتراط الخيار للآمر

١٩٢٠ ـ واذا أشترى لغيره شيئا واشترط الخيار للآمر ، فقال البائع قد

رضي الآمر باسقاط الخيار ، وانكر الوكيل فالقول قوله ولا يمين عليه، قالوا : ولو كانت اليمين عليه لم يكن له ان يرده حتى يحضر الآمر وله ان يرده بغير يمين ، وهو بمنزلة الاجنبي فيما يدعي البائع على الآمر ، والوكيل انما يكون خصما فيما بينهما من حقوق العقد ، والبائع بما يدعي يريد ابطال ماهو مستحق عليه من الفسخ فوجب أن لايصدق •

١٩٢١- والوكيل فيما يدعي على الموكل كالوصي فيما يدعي على الميت والورثة من الحقوق ، وان أقام البائع بينة ان الآمر قد رضي فالبيع لازم للآمر لانه اذا ثبت رضاء الآمر سقط الخيار الذى للوكيل لان خيار الموكل هو الخيار الذى ثبت له لان ذلك لايثبت الا للعاقد ، الا انه اذا ثبت فلا فصل عن أن يثبت لزيد أو لعمرو ، فاذا ثبت لهما فأيهما اجازه جاز وان لم يقم البينة وصدقه المشترى فيه وقال الآمر في الثلاث بحضرة البائع قد ابطلت لزم المشترى ، لان اقرار الوكيل برضا الآخر يمنعه من رده على البائع ولا يجوز اقراره على البائع، وابطال الآمر البيع بحضرة البائع جائز ، فاذا كان كذلك لزم البيع الوكيل الا ان يرى أن الوكيل لو رضي بالعيب لزمه ولا يلزم الآمر ، ويكون الآمر على خياره•

١٩٢٢ وان كانت هذه المقالة منهم بعد الثلاث لزم الآمر لان مضي المدة يصحح البيع ، ويسقط الخيار ، ولا يمكن فسخه فجاز البيع بنفسه ، فبعد ذلك لا يصدق الآمر على دعوى النقض مع أن البيع قد لزمه •

فصل

١٩٢٣- واذا اشترى رجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك احدهما عند المشترى فليس له أن يرد الباقي •

١٩٢٤- وكذلك ان اصابه عيب من عمله أو من غير عمله لان الخيار اذا ثبت منع من اتمامه •

١٩٢٥- وفوات بعض المبيع في ضمان المشترى يمنع من الفسخ فيه فيجب أن يكون مانعا من الفسخ فيما بقى ، لان ليس له أن يتم البيع في بعض ماوقع عليه العقد دون بعض فوجب ان يبطل خياره •

١٩٢٦ ـ وان كان الخيار في أن يأخذ احدهما دون الآخر فهلك احدهما أو دخله عيب لزمه ثمنه ورد الباقي [1] •

١٩٢٧ـ وهذا استحسان فى الاثنين والثلاثة ولا يجوز فى الاربعة وفيما زاد ووجه القياس والاستحسان معلوم •

فصل

الالتزام التحييري (صار التعين)

١٩٢٨ـ واذا اشترى الرجل عبدين احدهما بالف درهم والآخر بخمسمائة على أن يأخذ احدهما ، ايهما شاء ويرد الآخر فماتا فقال البائع مات الذى بألف، قبل وقال المشترى مات الذى بخمسمائة ، قبل ، لم يصدق واحد منهما على ماقال ، ويحلف المشترى مايعلم أنه مات الذى بالف قبل ، ويحلف البائع مايعلم أن الذى بخمسمائة مات أولا ، لان البائع يدعي أنه لزمه الثمن ألف درهم ، والمشترى ينكر ذلك فيحتاج ان يحلف عليه والمشترى يدعي أن الامانة حدثت فى يد البائع فله أن يحلف البائع ، لانه لو امتنع البائع أن يحلف سقط عن المشترى الزيادة على ما أقر به من الثمن ، فله أن يحلف البائع عليه ، فان حلفا جميعا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لانه لم يثبت واحد منهما بعينه ، أنه المبيع فصار كأنهما ماتا معا ، وهذه اليمين لا على جهة التحالف ، وهذا قول أبي يوسف الاول ، وقال أبو يوسف بعد ذلك : القول قول المشترى الا أن يقيم الآخر البينة ، وهو قول محمد لانا لو حلفناهما جميعا فنكلا أو حلفا لم نتوصل الى الحكم بأحد المبيعين بل يبقى[2] الامر بعد اليمين كما كان فوجب أن يسقط اليمين ، ويجعل القول قول المشترى لان الخيار في ذلك كان للبائع فوجب أن يكون القول قوله فيما حصل عليه من الثمن ، لان احدهما كان مضمونا ، والآخر أمانة فان لم يعلم المبيع من ذلك غرم نصف ثمن كل واحد منهما ، فان قامت لهما بينة لزم الالف •

---

(١) هذا شبيه بالالتزام البدلي (م٣٠٢ من القانون المدنى العراقى) •

(٢) في النسخة المعتمدة يسقط •

١٩٢٩ـ وكذلك لو حدث بهما عيب فاختلفا في الذى أصابه العيب اولا ثم أقاما البينة لان البائع ادعى زيادة على ما اقر له به واثبت ذلك بالبينة ، بما هو خلاف الظاهر فوجب أن يحكم به ، ويلزم المشترى •

فصل

هل يقع الفسخ ظاهراً وباطناً؟

١٩٣٠ـ واذا فسخ الحاكم العقد عن المتداعيين فهو فسخ للعقد في الظاهر والباطن عند ابي حنيفة ، وعن أبى يوسف انه يفسخ فى الظاهر •

١٩٣١ـ ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه :

أحدهما كقول ابي حنيفة •

والثاني كقول أبى يوسف •

والثالث : ان كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن •

١٩٣٢ـ أبو حنيفة جعله كفرقة اللعان والرد بالعيب لانه لاجل الظلامة •

وابو يوسف قال السبب هو الجهل بالثمن ، وهو في الباطن معلوم مجهول في الظاهر فوقع الفسخ في الظاهر •

والثالث لهم أن البائع يمكنه تصديق المشترى فيزول الظلم فان كان مظلوما وقع الفسخ فى الظاهر والباطن •

فصل

اختلاف ورثة المتعاقدين في البيع

١٩٣٣ـ واذا اختلف ورثة المتعاقدين في المبيع لم يتحالفا والقول قول ورثة المشترى •

١٩٣٤ـ وقال الشافعي يتحالفان لان الاصل عندنا ترك التحالف على مامضى وهو يقول اختلفا في المال فهم كالمتعاقدين •

١٩٣٥ ـ وابو حنيفة يفرق بينهم كما فرق الجميع في اللعان •

فصـــــل

اختلاف الوكيلين في الثمن

١٩٣٦- واذا كان المبيع بين وكيلين فاختلفا في الثمن ففيه وجهان :
أحدهما يتحالفان لانهما عاقدان •
والثاني لا تحالف لان احدهما اذا نكل لزمه في نفسه دون موكله •

فصـــــل

اختلافهما في عين المبيع

١٩٣٧- واذا اختلفا في عين المبيع فقال البائع : بعتك هذا العبد •
وقال المشترى : اشتريت هذه الجارية فكل واحد يحلف على دعوى صاحبه على جهة التحالف •

١٩٣٨ ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان ·
أحدهما يثبت التحالف كالخلاف في المبيع الواحد •
والثاني مثل قولنا :

١٩٣٩- وانما قلنا ذلك لان ههنا خلافا في مبيعين لا واحد ، وكل واحد ينكر دعوى الآخر •

١٩٤٠- وان اقاما بينة قضي لكل واحد بما ادعاه على صاحبه •

١٩٤١- وقال أصحاب الشافعي :

وان أقام البائع بينة انه باعه العبد وجب على المشترى الثمن ، فان كان في يده أقر في يده ، وان كان في يد البائع ففيه وجهان :

أحدهما يجبر المشترى على قبضه لان البينة قد شهدت له بالملك وهذا قولنا •
والثاني لايجبر لان البينة شهدت له بما لايدعيه فلم يسلم اليه ، فعلى هذا يسلم الى الحاكم ليحفظه •

فصـــل

١٩٤٢- واذا اختلفا في الاجل أو قدره ، أو الرهن أو قدره ، أو الكفيل فلا تحالف بينهما ، ويكون القول قول من ينفي الاجل وقوله فى القدر ، وكذلك الرهن وقدره لانه لا اختلاف في عين المعقود عليه البيع .

١٩٤٣- وقال الشافعي يتحالفان وقد مضت أيضا .

فصـــل

اختلاف في شرط مفسد

١٩٤٤- وان اختلفا فى شرط يفسد البيع لم يتحالفا ، ويكون القول قول من يدعي الصحة .

١٩٤٥ - ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان فى التحالف بناء على القولين فى شرط الخيار فى الكفالة :

أحدهما مثل قولنا .

والثاني أن القول قول من يدعي الفساد لان الاصل قال عدم العقد فكـــان القول قول من يدعى ذلك ، وهذا لايصح لانهما قد اعترفا بالعقد والاصل عـدم الفســـاد .

فصـــل

اختلافهما في الصرف بعد التفرق

١٩٤٦ - وأن اختلفا في الصرف بعد التفرق فقال احدهما تفرقنا من غـير قبض .

وقال الآخر تفرقنا بعد القبض فمنهم من قال القول قول من يدعي التفرق قبل القبض ، لان الاصل عدم القبض ، والثاني القول قول من يدعي التفـــرق بعد القبض لان الاصل صحة العقد وينبغي أن يحكم القبض ، فان كان في يـد

كل واحد منهما ماعقد عليهفالقول قول من يدعى القبض فى المجلس لانه الظاهر.
وان كان لم يقبض فالاصل عدمه وهو مستدام لم يوجد •

فصـــــل

اختلافهما بعد التفرق في التراضي والفسخ

١٩٤٧- وان اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما : تفرقنا عن تراض ، وقال الآخر : تفرقنا عن فسخ فالقول قول من يدعي التراضى لان الاصل عدم الفسخ وبقاء العقـــد •

١٩٤٨- ومن أصحاب الشافعي من قال :

القول قول من يدعي الفسخ لان الاصل عدم اللزوم ومنع المشترى مـــن التصرف وهذا بناء على أصلهم فى خيار المجلس انه ثبت لكل واحد حتى يتفرقا أو يتخايرا وقد مضت •

باب الاختلاف في الرد بالعيب

١٩٤٩- قال أصحابنا :

واذا أدعى عيبا ظاهـرا على البائع سأله القاضي عن ذلك فان أقر أنه باعـه وبه العيب ولم يدع البراءة منه ولا الرضا به رده عليه •

فصـــــل

هل يحلف المشتري في الرد بالعيب

١٩٥٠- فان قال : قد علم بالعيب حين اشتره أو على أني برىء من العيب أو من كل عيب أو قد علم بعد الشراء ورضى به فجحد ذلك كله فانه يحلفـه : ماعلم بهذا العيب حين اشتراه ولا برأته منه ، ولا رضيت به منذ رأيته ولا عرضته على بيع بعد علمك به ولا خرج عن ملك ولا شيء منه •

١٩٥١ـ وقال أبو حنيفة ومحمد : لايحلف القاضي حتى يطلب المدعى لذلك وهو البائع يمينه وان لم يطلب لم يحلفه •

١٩٥٢ـ وقال أبو يوسف : يستحلفه وان لم يطلب •

وكذلك الخلاف فى الشفيع •

فصل

١٩٥٣ـ واذا كان العيب غير ظاهر في عبد أو أمة ، أو لايعرف القاضي أنه عيب « فان القاضي لا يسأل البائع عنه حتى يثبت أنه عيب في الحال »[١] • لان الخلاف فيه فرع على وجوده في الحال فما لم يكن موجودا لاتصح دعواه له •

فصل

١٩٥٤ـ فان قال : البائع يعلم ان العيب به في هذه الحال ، سأله عنه فان أقر به وبوجوده سأله : هل بعته وبه العيب ؟

فان قال : انما حدث عند المشترى فالقول قوله مع يمينه : لقد بعته هذا العبد وسلمته اليه ، وما به هذا العيب ، فاذا حلف طلب من المشترى البينة انه كان فى يد البائع هذا فى العيب الذى يحدث مثله فى يد المشترى ، وان كان لايحدث مثله فالقول قول المشترى على ماتقدم •

فصل

١٩٥٥ـ وان كان العيب من طريق الحكم مثل الاباق والسرقة والجنون والبول في الفراش ، فانه يسأل البائع فان أنكر وجوده بالعبد في الحال وطلب المشترى يمينه على ذلك ، فان ابا يوسف ومحمد قالا : يحلف البائع بالله مايعلم بهذا العبد جن عند المشترى ولا ابق ولا سرق ولا بال في الفراش •

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج •

١٩٥٦ـ فلو حلف قيل للمشترى :

تثبت ان هذا العبد في هذه الحالة حتى استحلفه لك البتة •

فأن نكل عن اليمين الاولى التي هي على العلم ، حلفه يمينا اخرى على البتة لقد باعه وقبضه وما جن قبل ذلك قط ولا سرق ولا بال في فراشه منذ بلــــغ مبلغ الرجال ولا ابق ، فان حلف فلا شيء عليه حتى يثبت ذلك بالبينة •

وان نكل رده عليه •

فصــــل

١٩٥٧ ـ والجنون عيب لازم في الصغير والكبير ، والسرقة والاباق والبول ليس بعيب في الصغير ، وله أن يرد بذلك فى الصغر ولا يرد به بعد الكبر ، لان ذلك قد زال وخرج عن عادة الصبيان •

فصــــل

البيع بالبراءة

١٩٥٨ـ والبيع بالبراءة من العيوب جائز ، ويدخل فى ذلك سائر العيوب، ما علمه البائع وما لم يعلمه ، وما وقف عليه المشترى وما لم يقف عليه ، وسائر الاموال فى ذلك ســـواء •

١٩٥٩ـ وقال الشافعي البيع باطل في أحد اقواله ، وقد فرق بين الحيوان وغير الحيوان وبين العيب الظاهر به والباطن ، وله تفصيل كثير في ذلك •

١٩٦٠ـ والبيع عندنا يقع على الموجود دون مافات من أوصاف المبيع ، فكأنه قال : بعت هذا الموجود الحاضر خاصة دون ما يقتضي اسم العبد واطلاقه مــن سلامة البينة •

فصــــل

١٩٦١ـ واذا شهد شاهدان على البراءة من كل عيب في جارية ، فوجــد

بها عيبا كان له أن يردها به ، وكذلك لو شهدا على البراءة من الاباق ثم اشتراها احدهما فوجدها آبقه فله أن يردها لان الشهاد بالبراءة ليست باقرار بالعيب من الشاهد ولا من البائع ولا من المشترى .

فصـــــل

١٩٦٢ ـ وأن اشترى جارية ولم يبرأ اليه من عيوبها فوطئها المشترى ثـم وجد بها عيبا لم يكن له أن يردها عندنا ، سواء كانت بكرا أو ثيبا .

١٩٦٣ـ وقال زفر ومالك يردها فى الحالين .

١٩٦٤ـ وقال الشافعي : يردها اذا كانت ثيبا ولا يرد في البكـر .

١٩٦٥ـ وقال ابن أبى ليلى يردها ويرد معها مهرها .

١٩٦٦ـ وعندنا يرجع بأرش العيب كما لو هلكت عند المشترى ، والـوطء عيب فيها فهو كما لو حدث بها عيب عند المشترى فأنه يمنع الرد بالعيب ، لانـه يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع ، ويؤدى الى ردها اليه على خلاف ماخرجت من ملكه ، وهذا لايجوز ، ولو حدث بها عيب فلم يختلفوا فى أنه يمنع الـرد بالعيب الا على قول بعضهم ان الخيار للمشترى ان شاء أخذ أرش العيب وامسك وان شاء رد أرش العيب ورد ، وهو قول الحنابلة ، وقياس قول ابن أبي ليـــلى في الوطء .

فصـــــل

١٩٦٧ـ وكل موضع كان له الرد فأمسكها ولم يرد ، سقط حقه مـــن الرجوع ، وكذلك اذا رضي البائع فأخذها معيبة فامتنع من الرد فلا أرش لـــه عليه ، وقد ابطل حقه بأمتناعه من الرد .

فصـــــل

١٩٦٨- واذا باعها بعد **الوطء** فقد سقط حقه من الارش لانه كان للبائع أن يقبلها ويسقط حكم **الوطء** وهذا لا خلاف فيه[١]

فصـــــل

١٩٦٩- وان وطئها غير المشترى بزنا أو نكاح أو زوجها المشترى ولم يطأها الزوج ، ثم وجد بها عيبا لم يكن له أن يردها ، ولكنه يرجع بنقصان العيب لان هذه الامور عيب بها حدث ، ولهذا من اشترى أمة فخرج لها زوج ثبت له الخيار لانه عيب •

فصـــــل

١٩٧٠- ولو كان لها زوج عند البائع فوطئها عند البائع أو عند المشترى ، كان له أن يردها بالعيب ، لانه وطأ الزوج لم يوجب عقرا ، لانه كان واجبا بالعقد ،ولانه مستحق على البائع قبل البيع وعلى المشترى قبل الشراء فلا يمنع الرجوع كالاستخدام ، وان كانت بكرا فوطئها الزوج منع الرد لانه فوت جزءا منها فصار كقطع طرفها ، وقد وافقنا الشافعي على ذلك •

فصـــــل

١٩٧١- ولو صبغ الثوب أو خاطه قميصا سقط حقه من الرجوع ، وله أرش العيب ، فان باعه بعد الصبغ والخياطة فله أرش العيب لانه لم يكن للبائع أن يقول أنا أقبل ذلك، لان الصبغ للمشترى زيادة مال فلا يجوز تسليمها للبائع[٢]

---

(١) في نسخة قليج : لا كلام فيه •

(٢) مبدأ الكسب دون سبب •

فصـــــل

١٩٧٢ـ واذا ولدت الجارية عند رجل ولدا أو وطئها وباعها وكتم ذلك ، ثم علم المشترى بذلك فليس له الرد بذلك لانه لم يشرط له البكارة ، ولا أنهـا ماولدت ، وذلك تصرف مباح فهو كالاسـتخدام .

فصـــــل

ظهور عيب بالجارية بعد إعتاقها أو تدبيرها

١٩٧٣ـ قالوا ولو أعتق الجارية أو دبرها أو استولدها ثم وجد بها عيبـــا

فله الرجوع بالارش استحسانا ، والقياس أن لا يرجع بشيء لانه منع الجارية من الرد بفعل مضمون فصار كما لو باع (والاستحسان)[1] ان العتاق لايتعلق بــه الضمان في جميع الاحوال اذا كان احد الشريكين معسرا فهو كالموت الـــذى لايسـقط الضمان .

فصـــــل

تعذر الرد بفعل مضمون

١٩٧٤ـ وان كان المبيع عبدا فقتله المشترى أو طعاما فأكله أو اكل بعضــه أو باعه أو وهبه ثم أطلع على عيب فأنه لايرجع بأرش ولا يرد مابقى عند ابــي حنيفة ومحمـد .

١٩٧٥ـ وروى عن أبي يوسف أنه يرجع في العتق ويرد مابقى وهـــو قول الشافعي .

١٩٧٦ـ وقد روى عن أبي حنيفة مثل ذلك والاول عنه اشهر لانه تعــذر الرد بفعل مضمون فى ملك العين فى جميع الاحوال فهو كالبيع ، وابو يوسـف جعل ذلك كالعتق والموت في الرجوع بالارش .

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

فصـــــل

١٩٧٧ـ واذا باع المشترى العبد فاطلع المشترى الثاني على عيب به فرده عليه لم يكن لـه ان يرده على البائع الاول اذا كان الرد بغير قضاء قاض ، وان كان بقضاء قاض رجع به ، لأنه اذا كان القضاء كان فسخا للملك فعاد الملك الاول وان كان بغير قضاء فهو تمليك مبتدأ وليس له ان يرد بغير الملك الاول •

١٩٧٨ ـ وقال الشافعي : الجميع سواء ويرد على البائع الاول اذا كان لـم يعلم بذلك ، واذا علم لـم يكن له الرد •

وهو يقول ان فسخ العقد بالعيب قطع للملك فى الحال ، ولهذا يرد مع الوطىء •

فصـــــل

١٩٨٩ ـ وكل ما كان نقصانا في الخلقة أو زيادة فيها فهو عيب ، ويحد ذلك بأن كل ما كان عند التجار عيبا يؤثر نقصان القيمة فهو عيب ، ولا فرق بين ماهو زيادة او نقصان أو من طريق الحكم كالزنا والسرقة والفسق •

١٩٨٠ ـ وقد فرق أصحابنا بين الغلام والجارية فقلوا : الزنا عيب فـي الجارية دون الغلام وكذلك البخر[1] والنتن •

١٩٨١ ـ وسوى فى ذلك الشافعي ، وقال : الجميع عيب •

١٩٨٢ ـ وقد ذكر أصحابنا عيوبا كثيرة في باب مفرد فـي الاصول ، وكل ذلك المرجع فيه الى العادة وما يقول التجار •

فصـــــل

١٩٨٣ ـ واذا ادعى انه باعه الجارية وشرط له البكارة ، وهى الان غـير بكر •

فقال : بعت بكراً وسلمت بكراً •

فان القاضى يريها للنساء فان قلن بكرا فلا شىء للمشترى وان قلن ثيبـاً

(١) البـَخـَر الرائحة المتغيرة من الفم ، قال أبو حنيفـة : البـَخـَر النتن يكون فى الفم وغيره ، بـَخـَر بـَخـَرا وهو ابخر وهى بخراء (لسان العرب) •

حلف البائع : لقد بعتها وسلمتها له وهي بكر ، فان حلف فلا شيء عليه لأن زوال البكارة يجوز ان يحدث في يد المشترى وان نكل عن اليمين ردت اليه •

١٩٨٤ ـ فان قال ان بها حملا أراها النساء ، فان قلن : ليس بها حمل فلا سبيل للمشترى على البائع ، وان قلن انها حامل حلف البائع لقد باعها وسلمها وما بها هذا الحمل •

١٩٨٥ ـ وقد ذكر الخصاف ان بعض اصحابنا قال : لا أحلف على ذلك لأن هذا لا يعلم ، وشهادة النساء في هذا شهادة على عيب •

١٩٨٦ ـ وقال أصحابنا ان الشهادة في هذا شهادة على مثل شهادة الطب بالداء الباطن ، مثل وجع الطحال والكبد والامراض التي ليست بظاهرة •

فصـــل

١٩٨٧ ـ واذا كانت الدعوى بعد موت الجارية والعبد ، فعلى المشترى ان يثبت ذلك فان كان عند البائع لم يستحلف البائع على علمه ، فان شهدوا ان العيب كان عند المشترى فقال المشترى كان به ذلك عند البائع استحلف له البائع وان قال البائع يعلم انه كان به عنده حلف على علمه فان نكل الزمه يمينا أخرى على البت ، فان نكل رد على المشترى حصة العيب من الثمن •

فصـــل

العيب في موضع لا ينظر إليه إلا النساء

١٩٨٨ ـ وان كان العيب في موضع لا ينظر اليه الا النساء مثل الرتق[1]

---

(١) الرتق ضد الفتق ، ابن سيده : الرتق إلحام الفتق ، رتقه يرتقُه ويرتِقه رتقا فارتتق أى التأم ، يقال : رتقنا فتقهم حتى ارتتق المرتوق ، وفى التنزيل : « أولم ير الذين كفروا أن السموات والارض كانتا رتقا ففتقناهما » ••• والرتق بالتحريك مصدر قولك رتقت المرأة رتقا ، وهي رتقاء ، بينة الرتق التصق ختانها فلم تنل لارتتاق ذلك الموضع منها فهى لا يستطاع جماعها (لسان العرب) •

وفى تحفة التسولى (١ـ٣١٨) أن الرتق انسداد مسلك الذكر والتحامه، بحيث لايمكن معه الوطء الا انه ان انسد بلحم امكن علاجه وبعظم فلا •

والعفل[1] وغيره مما في البدن فشهد النساء به ، فان البائع يحلف :

« لقد باعها وسلمها وما بها هذا العيب » .

١٩٨٩ ـ ولا ترد عليه شهادة النساء اذا كان قد قبضها ، وهذا قول ابي يوسف ، وان كان قبل القبض ردها بشهادة النساء .

١٩٩٠ ـ وقال محمد هذا والاول سواء ، ولا اردها بشهادة النساء وأحلف البائع .

١٩٩١ ـ وقال بعض أصحابنا اردها بشهادة النساء لأن الرد من طريق الحكم ، فهو كشهادة القابلة ، ويثبت الميراث من طريق الحكم .

١٩٩٢ ـ وكل موضع وجب الرد على البائع استحلف المشترى على ما قدمناه.

فصل

مصراة نقص لبنها

١٩٩٣ ـ واذا اشترى مصراة فحلبها فنقص اللبن لم يكن له ان يردها على البائع .

وقال أبو يوسف في رواية الخيار اليه ان شاء ردها وان شاء أمسكها .

١٩٩٤ ـ وكذلك ان وجد بها عيبا لم يردها .

١٩٩٥ ـ والنماء الحادث يمنع الرد ، وسواء كان منفصلا أو كان متصلا اذا كان باقيا في يده .

١٩٩٦ ـ وقال الشافعي : ترد ولا يمنع النماء الرد ، وقال الشافعي ان اختار رد المصراة رد بدل اللبن الذي اخذه[2].

---

(١) في القاموس المحيط العفل لحم يبرز في قبل المرأة يشبه ادرة(١) الرجل ، ولا يسلم غالبا من الرشح .

وفي لسان العرب العفلة بضارة المرأة ، وحكى الازهرى عن ابن الاعرابى قال : العفل نبات لحم ينبت في قبل المرأة وهو القرَن .

قال أبو عمرو القرن بالناقة مثل العفل بالمرأة .. قال الليث عفلت المرأة عفلا فهي عفلاء .. ومنه حديث ابن عباس :

« أربع لا يجزن في البيع ولا النكاح : المجنونة والمجذومة والبرصاء والعفلاء ، قال : والتعفيل اصلاح ذلك .

(٢) من تطبيقات الكسب دون سبب .

١٩٩٧ـ واختلف اصحابه في الذى يرد فقال ابن شريح : يرد في كل بلد من غالب قوته وحمل حديث ابى هريرة على من قوت بلده التمر ، وحديث ابن عمر على من قوت بلده القمح • كما قال فى الفطرة ، وقال أبو اسحق : الواجب التمر ، وهو قول ابى يوسف فى الرواية التى ترد ، واختلفوا اذا كان الصاع أكثر من قيمة الشاة أو مثل قيمتها ، فمنهم من قال تجب قيمة صاع بالحجاز لأنا لو أوجبنا صاعا قيمته مثل الشاة لصار للبائع الشاة وبدلها فوجب قيمة الصاع بالحجاز[1] •

١٩٩٨ ـ وقال بعض أصحابه : يلزمه صاع وان كانت قيمته أكثر من قيمة الشاة لانه ليس ببدل عن الشاة وانما هو بدل عن اللبن كما لو غصب عبدا فخصاه فانه يرده مع قيمته ، وعندنا لا يرد العبد وقيمته بل الخيار الى المالك فى الغصب •

١٩٩٩ ـ وقد قالوا ان النماء الحادث فى يد المشترى يكون للمشترى ولا يرده مع الاصل ، وههنا قالوا يرد قيمته ، وهذا تناقض من القول ، وقد قالوا لو كان اللبن باقيا فاراد رده فقال ابو اسحق لا يجبر البائع على أخذه لان بالحلب ينقص لأنه يسرع اليه الفساد فان رضى جاز ، ومن اصحابه من قال يخير •

٢٠٠٠ ـ لأن نقصانه حصل بمعنى يستعلم به العيب فلم يمنع الرد •

فصل

الجارية المصراة

٢٠٠١ ـ وان اشترى جارية مصراة ففيه أربعة أوجه :

أحدها انه يردها ويرد معها صاعا لأنه يقصد لبنها فثبت بالتدليس فيه الخيار ، والثانى انه يردها ولا يرد بدل اللبن لأنه لا يقصد بالعوض •

والثالث لا يردها لان المقصود عينها دون لبنها •

والرابع لا يردها ويرجع بالأرش •

٢٠٠٢ ـ وقالوا : ان اشترى اتانا مصراة فانه يردها ويرد بدل لبنها اذا قالوا

---

(١) مبدأ الكسب دون سبب •

ان اللبن طاهر كالشاة ، وان قالوا انه نجس ففيه وجهان احدهما انه يرده ولا يرد بدل اللبن لأنه لا قيمة لـه ، والثاني يمسكها ويأخذ بالأرش .

فصـــل

اشترى شاة بشرط أن تحلب

٢٠٠٣ ـ وان ابتاع شاه بشرط ان تحلب كل يوم خمسة أرطال فلهم وجهان في فساد البيع وصحته ، وعندنا البيع فاسد ، وحكمه حكم البياعات الفاسدة .

فصـــل

إيجاب المبيع لاثنين

٢٠٠٤ ـ واذا أوجب المبيع لاثنين ووجدا به عيبا ، أو كان مبيعا لـم يرياه فليس لاحدهما ان ينفرد بالرد دون صاحبه عند ابى حنيفة .

٢٠٠٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد له ذلك .

وهو قول الشافعي ، لان فى رد احدهما تفريقا للصفقة على البائع ، وذلك عنت[1] .

٢٠٠٦ ـ وهما قالا هو الذى رضى بذلك حيث اوجب البيع لاثنين .

وابو حنيفة يقول : رضى بذلك ان يكون فى ملك الغير لا ملكه .

فصـــل

الصلح على أرش العيب

٢٠٠٧ ـ ويجوز الصلح على أرش العيب مع امكان الرد عندنا .

٢٠٠٨ ـ وقال الشافعي لا يجوز لأنه يأخذ بدل الفائت من المبيع كما لـو تعذر الرد .

---

(١) فى نسخة قليبح عيب والكلمة فى النسخة الاخرى غير منقوطة والظاهر ان الصواب ما اخترناه لان العنت هو دخول المشقة على الانسان ولقاء الشدة ، يقال اعنت فلانا اعناتا اذا ادخل عليه عنتا أى مشقة (لسان العرب) .

فصـــــل

اشترى عبداً بشرط أنه كافر أو كاتب

٢٠٠٩ ـ واذا اشترى عبدا بشرط انه كافر فكان مسلما فلا خيار في الرد •
وقال الشافعي له الخيار كما لو شرط كاتبا فكان لا يكتب •
وعندنا الاسلام زيادة في العبد ، وليس بنقص فلم يثبت الخيار •

فصـــــل

الزنا والبخر

٢٠١٠ ـ والزنا والبخر ليس بعيب في الغلام وهو عيب في الجارية •
وقال الشافعي هو عيب فيهما الا ان يكون من داء يرد به في الجميع •

فصـــــل

٢٠١١ ـ واذا اشترى عبدين فقبضهما فوجد باحدهما عيبا كان له رده على البائع وان كان قبل القبض فهو بالخيار ان شاء اخذهما وان شاء ردهما ، وليس لـه رد المعيب منهما •

٢٠١٢ ـ وقال زفر يرد في الفصلين ، وهو أحد قولي الشافعي •

فصـــــل

امتناع الرجوع بالأرش

٢٠١٣ ـ واذا قتل المشترى العبد المشترى أو أكل الطعام ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بأرش •

٢٠١٤ ـ وقال الشافعي له الرجوع بالأرش •

٢٠١٥ ـ وفرق أبو يوسف ومحمد بين الاكل والقتل فقالا :
يرجع في الاكل ولا يرجع في القتل ، وقد ذكرنا وجه ذلك فيما تقدم •

فصـــــل

الرجوع بأرش العيب

٢٠١٦ ـ واذا اشترى الرجل ما مأكوله في جوفه كالبيض والرمان والبطيخ فوجده فاسدا فانه لا يرده ، ولكن يرجع بأرش العيب •

٢٠١٧ ـ وقال الشافعي : له رده ، وهذا خطأ لأنه ادخل عليه بالكسر عيبا آخر لم يكن في يد البائع فصار كما لو جنى على العبد واراد ان يرده •

٢٠١٨ ـ وقد حكى عن بعض الفقهاء انه يرده ويرد أرش ما نقص بالكسر ، وهو قول الحنابلة في ذلك ، والرد انما يكون على ما وقع عليه العقد والأرش المردود لم يكن عند العقد فلا يقع عليه الفسخ •

فصـــــل

بيع العبد الجاني

٢٠١٩ ـ وبيع العبد الجاني جائز ، ولا فرق بين الخطأ والعمد في ذلك •

٢٠٢٠ ـ وقال بعض اصحاب الشافعي في ذلك قولين احدهما انه باطل • والثاني مثل قولنا •

وأختلف في موضع القولين فمنهم من قال في العمد ومنهم من قال في الخطأ ومنهم من سوى بين الجميع •

٢٠٢١ ـ وكذلك الخلاف في العبد المرتد •

٢٠٢٢ ـ واذا قتل في يد المشترى بقصاص او ردة كانت في يد البائع رجع المشترى بجمع الثمن على البائع ، وكذلك القطع في السرقة •

٢٠٢٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يرجع بما بين قيمته مباح الدم وغير سارق ، وذكر الشافعي القولين جميعا •

فصـــــل

٢٠٢٤ ـ وأختلف في العبد هل يملك الاموال[1] اذا ملك ؟ فقال أصحابنا لا يملك لأنه مملوك والمملوك لا يملك •

---

(١) عبارة : هل يملك الاموال لم ترد في نسخة قليج •

٢٠٢٥ ـ وقال مالك ودادود يملك بالتمليك وهو أحد قولى الشافعي لأنـه يملك البضع كالحر والبضع انما يستفاد بالعقد ، ولا يملك حقيقة ولهذا لا يملك نقله بالسبب الذى ملكه به الى غيره بعوض ولا بغير عوض ، ولو ملك المـال لملك أرش اطرافه لأنهما أقرب اليه •

فصـــل

حكم النماء الحادث

٢٠٢٦ ـ والنماء الحادث من الولد والثمرة قبل القبض يدخل في المبيـع وينقسم الثمن عليه ، وان هلك هلك بغير شيء •

٢٠٢٧ ـ وقال الشافعي يكون للمشترى بغير شيء ولا ينقسم الثمن وان كان موجودا عند العقد ففيه قولان ، وهذا يؤدى الى سلامة النماء للمشترى بغير عوض، ويرد الاصل بالعيب ، وهذا لا نظير له في الاصل[1] •

فصـــل

حق البائع في حبس المبيع لمشتريين دفع أحدهما نصيبه من الثمن

٢٠٢٨ ـ واذا اشترى الرجلان سلعة فدفع أحدهما نصيبه من الثمن لم يكن له ان يأخذ نصيبه [من السلعة] حتى يستوفى البائع جميع الثمن عند ابي حنيفة ومحمد •

٢٢٠٩ ـ وقال أبو يوسف له ذلك اذا دفع نصيبه ، وان دفع جميع الثمن له قبض جميع السلعة ولا يكون متطوعا عند ابى حنيفة •

٢٩٣٠ ـ وقال ابو يوسف ومحمد ليس له قبضه ، ويكون متطوعا فيما وزن وهو قول الشافعي •

فصـــل

قطع البائع يد العبد قبل القبض

٢٠٣١ ـ واذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض فالمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذه بنصف الثمن •

---

(١) فكرة الكسب دون سبب هى التى تكمن وراء الاصل فى هـــذا الاعتـــراض •

٢٠٣٢ ـ وقال الشافعي : ان اجاز البيع اخذه بكل الثمن لان البائع احتبس جزءا من المبيع ومنع من تسليمه تسقط من الثمن بقدرة كما لو باعه ثوبين فاتلف أحدهما •

٢٠٣٣ ـ ولو جنى عليه أجنبي فالمشترى بالخيار ان شاء أجاز البيع واتبع الجاني فأخذ أرش الجناية ، وان شاء فسخ وكان للبائع ان يتبعه بالجناية •

فصل

٢٠٣٤ ـ واذا ذهب بآفة من السماء فالمشترى بالخيار أن شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء فسخ لأن الاوصاف داخلة فى العقد ولها حكم الجملة وان لم تكن مضمونة ، وانما دخلت على وجه التبع •

فصل

اشتراط أن يكون العبد أقطع

٢٠٣٥ ـ ولو اشترى عبدا على انه اقطع[1] فكان صحيحا كان له ولا خيار ولو حدث به عيب ثبت الخيار لما ذكرناه •

فصل

إذا قطع المشتري يد العبد

٢٠٣٦ ـ واذا قطع المشترى يد العبد صار قابضا لجميعه ، ودخل فى ضماله، لأنه فعل فيه فعلا صار به مضمونا عليه ، ولا يختص فعله بما فعل لأنه دخل الجملة عيب بفعله فكان قابضا لجميعه •

فصل

٢٠٣٧ ـ وان تلف العبد من الجناية ولم يكن البائع منعه من التسليم او هلك

---

(١) الاقطع : المقطوع اليد والجمع قطع وقطعان مثل أسود وسودان ويد قطعاء مقطوعة (لسان العرب) •

بغير ذلك فالثمن لازم للمشترى لأنه قد قبضه وصار مضمونا عليه وان كان في يد الغير •

فصل

٢٠٣٨ ـ وان كان البائع قد منعه من التسليم فان مات من الجناية فالضمان على المشترى ويلزمه جميع الثمن لأن النصف يضمن بالجناية والنصف الاخر بالسراية فيلزمه الجميع •

٢٠٣٩ ـ وان كان هلك من غير الجناية لزم المشترى نصف الثمن لأن البائع بالمنع صار مسترجعا لما بقى من العبد فيلزم المشترى حصة ما اتلف وارشه فحسب •

فصل

٢٠٤٠ ـ واذا قطع البائع يده أولا ، ثم قطع المشترى رجله من خلاف فسرى منهما فالعبد لازم للمشترى بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذى أعطاه ، لأنه كان المشترى بالخيار لما جنى البائع لأنه فرق عليه الصفقة ، فاذا فعل بعد ذلك ما يقتضي ابطال خياره وانه يصير راضيا بما بقى من المبيع فلهذا لزمه ضمان نصف الثمن وسقط النصف عنه •

فصل

٢٠٤١ ـ ولو قطع المشترى يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم برىء منهما كان المشترى بالخيار ان شاء أخذ العبد واعطاه ثلاثة ارباع الثمن ، وان شاء تركه وعليه نصف الثمن بقطع اليد لأنه لما جنى المشترى صار المبيع معيبا كله فصار قابضا لجميع المبيع ، وكان حق البائع قائما فى الجنس[1] فاذا جنى صار مستردا لما بقى وخير المشترى لأن البائع فرق عليه الصفقة فيما بقى ، فاذا اختار لزمه قيمة ما بقى دون ما اخذه البائع لأن ما يأخذه البائع ينتقض البيع فيه •

---

(١) فى نسخة قليج : «الحبس»

فصـــل

٢٠٤٢ ـ ولو كان المشترى نقد الثمن ولم يقبض العبد ثم قطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف فسرى فالعبد للمشتري ولا خيار له لأن البائع لم يكن لـه حق في الاسترداد ، ويكون على البائع قيمـة ما أتلف ، كمـا يكون على الاجنبي سواء ، لانه لم يبق له قيمة حق ولا حبس والذى يجب نصف قيمة العبد مقطوع يد لا نصف قيمة العبد كاملا كمن قطع يد عبد مقطوع اليد وجب عليه نصـف القيمة في الحال والوقت •

٢٠٤٣ ـ وان كان البائع قطع يده اولا والمسألة بحالها ثم قطع المشترى رجله فالعبد لازم للمشترى بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذى اعطاه ، وقد مضى الوجه في ذلك •

فصـــل

٢٠٤٤ ـ وان قبض المشترى العبد بغير اذن البائع ولم يكن نقده الثمن فجاء البائع وقطع يده في يد المشترى ولم يأخذه حتى مات العبد من قطع اليد أو من غير ذلك ، فان كان مات من قطع اليد فقد بطل البيع ولا شيء على المشترى فيه لأن البائع قد استرجعه بالجناية عليه فكأنه مات في يده •

وان مات من غير ذلك فعلى المشترى نصف الثمن لأن البائع قد استرد نصف العبد بالجناية ، ولم تسر الجناية فيكون بها مستردا للباقى فلزمه ضمانه •

باب
من الخيار في المرابحة[1] والتولية[2]

٢٠٤٥ ـ واذا خانه في بيع المرابحة ، وعلم بذلك المشترى فهو بالخيار :

---

(١) في لسان العرب : اعطاه مالا مرابحة أى على الربح بينهما ، وبعت الشيء مرابحة ، ويقال بعته السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم درهم ، وكذلك اشتريته مرابحة ، ولابد من تسمية الربح (مادة ربح) •

(٢) في لسان العرب : تولى الشيء لزمه •• والتولية في البيع أن تشترى سلعة بثمن معلوم ثم توليهما رجلا آخر بذلك الثمن •

ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذه بما قال عند ابي حنيفة ومحمد •

٢٠٤٦ ـ وقال أبو يوسف وابن ابى ليلى والشافعي يحط الخيانة وحصتها من الربح لان العقد لايخرج[١] عن موضوعه بالخيانة .

٢٠٤٧ـ واتفق الجميع على انه يحط في التولية لان التولية ان تكون بمثل الثمن الذى اشتراه من غير زيادة ، والمرابحة ان تكون بزيادة والحطيطة ان يحط من الثمن الاول •

٢٠٤٨ ـ واذا تصرف المشترى في المبيع سقط حقه ولا شيء له عند ابي حنيفة ومحمد ، وعند ابى يوسف يرجع بالخيانة وبحصتها من الربح •

فصـــــل

٢٠٤٩ ـ واذا حط البائع المشترى من الثمن شيئاً باعه مرابحة بما بقي من الثمن عند ابى حنيفة وابي يوسف ومحمد ، وقال الشافعي وزفر يبيعه بالثمن الذى اشتراه من غير حطيطة •

فصـــــل

٢٠٥٠ ـ واذا اشترى عبدا بألف الى شهر ثم باعه من البائع بأقل من ذلك لم يجز عند أصحابنا استحسانا ، والقياس ان يجوز ، وهو قول الشافعي وتعرف بمسألة زيد بن ارقم[٢]•

---

(١) في نسخة قليج : (لايخرج) •

(١) في أسد الغابة (٢ـ٢١٩) زيد بن أرقم بن زيد بن قيس الانصـــارى الخزرجي روى عنه بن عباس وأنس بن مالك وابو اسحق السبيعي وابن ليـــلى ويزيد بن حيان ، شهد مع رسول الله (ص) سبع عشرة غزوة واستصغر يـــوم أحد ، وكان يتيما في حجر عبدالله بن رواحة ، وسار معه الى مؤتة ••• ســـكن الكوفة وابتنى بها دارا في كندة وتوفى بالكوفة سنة ثمان وستين ، وقيل مات بعد مقتل الحسين (ر) بقليل ، وشهد مع علي صفين ، وهو معدود من خاصـــة أصحابه ، وروى حديثا كثيرا عن النبى اخرجه الثلاثة ١٠هـ •

ومسألة زيد بن ارقم هي كما رويت في كتاب الآثار لابى يوسف (رقـــم ٨٤٣ ص ١٨٦) ان امرأة سألت عائشة (ر) فقالت « ان زيد بن ارقم باعنـــي جارية بثمانمائة درهم نسيئة ، واشتراها بســـتمائة ، فقالت عائشة « ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى قد ابطل جهاده ان لم يتب •

فصـــل

٢٠٥١ ـ واذا اشترى ثوبا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشـرة وأراد بيعه مرابحة باعه بخمسة • وان باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة حتى يبين ، وهذا قول ابى حنيفة •

٢٠٥٢ ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يبيعه مرابحة على الثمن الباقي قليلا كان أو كثيرا •

٢٠٥٣ ـ وكان الكرخي رحمه الله يقول : لا اعرف لهذه المسألة وجها ، وكان غيره يقول هذا من الورع قاله ابو حنيفة •

٢٠٥٤ ـ ومنهم من قال ان المرابحة تجمع فيها جميع العقود وتجعل كالعقد الواحد كأجرة القصار والمطرز وغير ذلك •

فصـــل

٢٠٥٥ ـ واذا اشترى ممن لا تجوز له شهادته من ذوى الارحام لم يجز له ان يبيعه حتى يبين ذلك عند ابى حنيفة •

٢٠٥٦ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يجوز من غير بيان •

٢٠٥٧ ـ ولو اشترى من عبده او مكاتبه لم يبعه حتى يبين فى قولهم جميعا •

فصـــل

٢٠٥٨ ـ واذا اسلم ثوبين على صفة واحدة وقبضهما لم يجز له ان يبيع أحدهما مرابحة عند ابي حنيفة ويجوز عندهما ، وهو قول الشافعي •

فصـــل

٢٠٥٩ ـ واذا ولدت الجارية او اثمر الشجر او تناتج الحيوان فلا بأس ببيع الأصل والزيادة معه مرابحة لان هذه الزيادات جزء من الاصل ، وهى داخلة فى البيع فصار كأنه اشتراها مع الاصل •

فصـــل

٢٠٦٠ ـ فان كان قد استهلك الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما

أصاب الاصل من ذلك ، وكذلك الالبان والاصواف والسمون وكل ما يوجد من الحيوان حتى يبين ذلك للمشترى .

فصل

٢٠٦١ ـ وان هلكت هذه الزيادات من غير فعل مضمون او منتفع به فله ان يبيعه مرابحة ولا يبين وان كانت قد نقصت اصولها لان المرابحة بيع بما حصل الاصل عليه من الثمن .

فصل

٢٠٦٢ـ واذا اشترى متاعا فله ان يحمل عليه اجرة القصار والكرى ، ويقول : قام على بكذا ولا يقول اشتريت بكذا .

فصل

اشترى طعاماً فأكل نصفه

٢٠٦٣ـ واذا اشترى طعاما فأكل نصفه فله ان يبيع النصف الثاني مرابحة من غير بيان ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن من ذوات الامثال .

٢٠٦٤ ـ واذا اشترى ثيابا كل ثوب بعشرة فله ان يبيع كل ثوب مرابحة بعشرة عند ابى حنيفة وابى يوسف .

٢٠٦٥ ـ واذا اشترى بالحنطة والشعير فله ان يبيع بذلك مرابحة وهو كالثمن .

فصل

٢٠٦٦ ـ ويبيع ما اشتراه من شريكه وصديقه مرابحة ولا يبين لأنه لا تقبل شهادته له فهو كالاجنبي .

٢٠٦٧ ـ واذا اشترى معيبا ورضى بالعيب باع ولم يبين ذلك كما لو دخله عيب ، وفي هذا الباب مسائل كثيرة .

باب من البيوع الفاسدة

٢٠٦٨ ـ وهذا باب يجمع فيه ما يقول اصحابنا ان بيعه فاسد ، وما يقول المخالف لهم أنه فاسد وغير فاسد •

٢٠٦٩ ـ فمن ذلك اذا اشترى عدلاً زطيا على انه خمسون ثوبا بألف فوجده أحد وخمسين ثوبا او تسعة واربعين فالبيع فاسد لانه باع ما تناوله العقد وما لم يتناوله فصار الثمن والمبيع مجهولين ، ولانه لو باع خمسين ثوبا من أحد وخمسين كان البيع باطلا كذلك هذا ، وحصة الناقص من الألف مجهولة لا تعلم فلم يصح •

فصل

٢٠٧٠ ـ واذا اشترى عبدين صفقة واحدة فاذا احدهما حر فالبيع فاسد فيهما عند ابي حنيفة ولا فرق بين ان يسمى لهما ثمنا واحداً او يبين لكل واحد ثمنا •

٢٠٧١ ـ وقالا ان سمى لكل واحد ثمن صح فى العبد لانه جعل ما لايجوز بيعه شرطا فيما يجوز فابطل العقد ، ولهذا لا يجوز له ان يقبل الشراء فى أحد العبدين •

٢٠٧٢ ـ وقال الشافعى يصح البيع فى العبد فى أحد قوليه ، وما الذى يلزمه من الثمن فيه قولان أحدهما تلزمه الحصة والثانى جميع الثمن وجعل ذلك كالنكاح لاجنبية واخته •

فصل

باع عبده وعبد غيره

٢٠٧٣ ـ واذا باع عبده وعبد غيره صح البيع فى عبده ووقف فى عبد الغير •

٢٠٧٤ ـ وقال الشافعى لا يصح فى أحد قوليه بناء على تفريق الصفقة •

فصـــــل

باع صبرة كل قفيز بدرهم

٢٠٧٥- واذا باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم صح البيع في قفيز واحدا • ويبطل فيما زاد •

٢٠٧٦ - وقال أبو يوسف ومحمد يصح فى الجميع وبه قال الشافعي •

٢٠٧٧- لان الثمن مجهول عند العقد فاوجب بطلان البيـع فيما زاد عـلى القفيز •

فصـــــل

بيع ذراع من دار

٢٠٧٨ - واذا باع ذراعا من دار لم يجز حتى يبين الموضع •

٢٠٧٩ - وقالا والشافعي يجوز ويقسم على جملة الذرعات •

٢٠٨٠ - لأن المبيع مجهول وموضعه غير معلوم •

فصـــــل

٢٠٨١ - واذا اشترى شاتين فاذا واحدة منهما ذبيحة مجوسى أو قد ترك المسلم التسمية عليها عمداً أو ميتة فالبيع فاسد •

٢٠٨٢ - وكذلك لو أشترى دنين خلا فاذا احدهما خمر لأن البيع اشتمل على الصحيح والفاسد والفساد فى نفس المعقود عليه فيبطل •

فصـــــل

٢٠٨٣ - واذا اشترى دارا كل ذراع بدرهم ولم يبين موضع الذراع فالبيع باطل في الجميع ، وفرق بين هذا وبين قفيزمن صبرة ، انه يصح على قفيز واحد

٢٠٨٤ - وهذا قول ابى حنيفة ، وعندهما يصح وهو قول الشافعي •

فصـــــل

٢٠٨٥- واذا اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فكان أحـد عشر ذراعا فالجميع للمشترى ولا خيار له ، وان وجده تسعة اذرع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ لان الذرع صفة في المذروعات لايقابله تسط من الثمن ، وهو بخلاف المكيل والموزون ، فأن الموزون والمكيل اذا زاد يكون للبائع ، واذا نقص عن القدر يكون الباقي للمشترى بحصته من الثمن لأنه معقود عليه وليس بصفة •

فصـــــل

٢٠٨٦ ـ واذا اشترى سلعة بثمن ان عجله كن كذا وان كان مؤجلاً فبكذا وتفرقا على هذا فهو فاسد لأنه صفقتان فى صفقة •

فصـــــل

اشترى عبداً بشرط العتق

٢٠٨٧ ـ وان اشترى عبداً بشرط العتق فالبيع باطل •

٢٠٨٨ ـ وقال الشافعي البيع جائز بشرط العتق •

٢٠٨٩- ولو شرط الكتابة أو التدبير أو البيع أو الاستيلاد فالبيـع باطل بالاتفاق فجعل أبو حنيفة البيع بشرط العتق مثل ذلك •

٢٠٩٠ ـ فاذا قبضه المشترى واعتقه لزمه الثمن استحسانا عند ابي حنيفة ، وقالا يلزمه القيمة ، وقد روى ذلك عنه أيضا •

٢٠٩١ ـ لأنه بيع مضمون بالقيمة لفساده كسائر البيوع الفاسدة •

وأبو حنيفة جعل ذلك كالعتق على مال اعتبر المسمى فى ذلك •

فصـــــل

بيع العبد المغصوب . . إلخ

٢٠٩٢ ـ وقال أصحابنا بيع العبد المغصوب والرهن والآبق موقوف ، فان حضر

وسلم تم البيع ولا خيار للمشتري ، وليس ذلك اسوأ حالا من [بيع] ملك الغير •

٢٠٩٣ ـ وكذلك ان باع سمكا محصوراً في حظيرةفان كان يحتاج الى صيد فالبيع باطل ، واذا كان لا يحتاج الى ذلك فالبيع صحيح •

فصل

اشترى فصاً على أنه ياقوت

٢٠٩٤ ـ فاذا اشترى فصاً على إنه ياقوت فاذا هو غير ذلك فالبيع باطل لأنه خلاف ما اشتراه •

فصل

٢٠٩٥ ـ ولا يجوز بيع مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا ولدها ولا النحل ولا دود القز ولا أراضي مكة ولا بيع الوقوف في سائر الارض ولا لبن الآدميات وكل هذا فيه خلاف الشافعي وغيره •

خيار الجس

٢٠٩٦ ـ ويجوز بيع الاعمى وشراؤه وله الخيار بالجس اذا كان مما يجس فاذا جس (سقط خياره)[1] •

خيار الرؤية

٢٠٩٧ ـ وبيع مالم يره المشترى جائز وشراؤه جائز وللمشترى الخيار اذا رآه ، لأنه بيع مقدور على تسليمه عند وجوب التسليم فهو كالجوز واللوز ، وفي ذلك خبر مروى أيضاً وقياس على سائر العقود انه لا يعتبر فيها الرؤية •

فصل

شراء الكافر العبد المسلم

٢٠٩٨ ـ وشراء الكافر للعبد المسلم جائز وقال الشافعي لا يجوز •

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج •

٢٠٩٩ ـ وكذلك المصحف •

٢١٠٠ ـ واتفق الفريقان على ان الكافر يجوز له ان يبيع العبد المسلم لـه أو لغيره فجعل أبو حنيفة الشراء مثل ذلك •

٢١٠١ ـ واتفقوا على أنه يملك بالميراث والوصية على الخلاف •

٢١٠٢ ـ واجاز أبو حنيفة ان يوكل المسلم ذميا فيشترى له خمرا أو خنزيرا ويلزمه الثمن وقالا والشافعى لا تجوز الوكالة •

٢١٠٣ ـ وكذلك قالوا في الصيد اذا وكل المحرم حلالا فاشتراه يجوز على الآمر عند أبي حنيفة وقالا والشافعى لا يجوز •

٢١٠٤ ـ وفى المأذون يجوز عندهم جميعا •

٢١٠٥ ـ وكذلك المكاتب اذا عجز انتقل الخمر الى المولى •

٢١٠٦ ـ وفى هذا الباب مسائل كثيرة على الخلاف والوفاق لا تحصى كثرة •

فصـــــل

باب الخيار في البيع من طريق الحكم والشرط

٢١٠٧ـ وخيار المجلس[1] لا يثبت عندنا في شيء من العقود •

---

(١) هو الخيار الثابت للمتبايعين في الرجوع في العقد حتى يتفرقـــا بأبدانهما والاصل فيه حديث « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتفرقا » رواه مالك في الموطأ ولم يعمل به وقيل انه دفعه باجماع أهل المدينة عـلى ترك العمل به ، وكذلك رد الحنفية العمل بهذا الحديث وعمل به الشافعيـــة (انظر تنوير الحوالك شرح موطأ الامام مالك ٢/٧٩) وقد صاغ الطحاوى قاعدة لزوم البيع بدون خيار مجلس صياغة بارعة يتضح منها الخلاف بـين الحنفيـــة والشافعية في صدد هذا الخيار بقوله في المختصر (ص ٧٤) :

« اذا تعاقد الرجلان البيع الجائز بينهما بلا خيار اشترطه فيه واحد منهما فليس لواحد منهما فسخه بعد ذلك، تفرقا بأبدانهما عن موطن البيع أو لم يتفرقا» •

وقد أول الحنفية الحديث المذكور على أن المقصود به التفرق بالاقوال (خيار القبول والرجوع فى الايجاب قبل ان يصادقه القبول) لا التفرق بالابدان (خيار المجلس) وفى هذا يقول الطحاوى فى مختصره (ص ٧٤) والخيار الذى جاءت به السنة هو بين قول البائع قد بعتك وبين قول صاحبه قد قبلت منك •

٢١٠٨ ـ وقال الشافعي يثبت فى البيع قولا واحدا وفى كل عقد معاوضة يقصد به المال كالاجارة وغيرها •

٢١٠٩ ـ واتفقوا على انه يثبت فى البيع خيار الشرط ثلاثة أيام •

٢١١٠ ـ واختلفوا فيما زاد على ذلك فقال أبو حنيفة لا يجوز ، وهو قول الشافعي •

٢١١١ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يجوز اذا كان معلوما كالأجل ، وهو قول مالك وأحمد •

٢١١٢ ـ ولا يجوز الخيار فى بيع الرقيق والحيوان الا بالشرط •

٢١١٣ـ وقال بعض الفقهاء عهدة الرقيق ثلاثا من غير شرط •

٢١١٤ ـ واذا اشترى سلعة على انه ان لم ينقده الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو كشرط الخيار يجوز عند ابي حنيفة فى الثلاث ، وعندهما فيما زاد •

٢١١٥ ـ وقال زفر والشافعي البيع باطل •

فصل

شرط الخيار في المطعومات والمأكولات

٢١١٦ ـ وشرط الخيار يجوز فى سائر المطعومات والمأكولات [١]•

٢١١٧ـ وقال الشافعي لايجوز ولا يجوز في الصرف والسلم •

٢١١٨ ـ واجازه مالك ثلاثة أيام •

٢١١٩ ـ ولا يعتبر التقابض فى المجلس فى غير الصرف والسلم عندنا •

٢١٢٠ ـ وقال الشافعي يعتبر فى المطعومات أيضا •

٢١٢١ـ لانها تعتبر بالعقد ، فهي كالحيوان والثياب وسائر المثمنات عندنا•

فصل

اشتراط الخيار للغير

٢١٢٢ ـ واذا اشترط الخيار لغيره صح عندنا ، وكان الخيار للعاقد لأنه من موجب العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد •

---

(١) فى نسخة قليج : والمكيلات •

٢١٢٣ ـ وللشافعي قولان أحدهما لا يصح والثاني يصح لمن شرط لـــه ويكون كالوكيل •

فصـــــل

٢١٢٤ ـ وخيار الثلاث لا يورث لأنه خيار لتتميم العقد كخيار القبول •

٢١٢٥ ـ وقال الشافعي يورث لأنه من حقوق العقد ، ليس لمـن وجـب عليه ابطاله •

٢١٢٦ ـ واتفق الفريقان ان الأجل يبطل بالموت فجعل أبو حنيفة الخيار مثله لأنه مدة ملحقة بالعقد •

خيار الرؤية

١٢١٧ـ وفي خيار الرؤية روايتان في بطلانه بالموت •

انتقال خيار التعيين للورثة

٢١٢٨ ـ وخيار التعيين لأحد العبدين اذا اشترى على ان (له) ان يأخذ ايهما شاء فمات قبل الخيار انتقل الى الورثة •

بطلان العقد المقترن بخيار التعيين

٢١٢٩ ـ وقال زفر والشافعي بيع عبد من عبدين باطل •

٢١٣٠ ـ واتفقوا على بطلان البيع فيما زاد على ثلاثة عبيد •

فصـــــل

خيار الغبن

٢١٣١ ـ وقال أصحابنا اذا غبن فى البيع لم يثبت الخيار •

٢١٣٢ ـ وقال مالك اذا كان الثلث فما زاد يثبت له الخيار •

فصـــــل

القبض في البيع الفاسد

٢١٣٣ ـ واذا قبض فى البيع الفاسد بأذن البائع ملك المشترى المبيع بالقيمة عندنا •

٢١٣٤ ـ وقال الشافعي لا يملك •

٢١٣٥ ـ وان تصرف المشترى فيه بعد كل تصرف لا يلحقه الفسخ ومنع حق الرجوع فيه •

٢١٣٦ ـ وكذلك اذا زاد فيه زيادة لها قيمة •

٢١٣٧ ـ واذا تصرف بما يلحقه الفسخ لم يمنع البائع ولا المشترى من الفسخ •

٢١٣٨ ـ واذا فسخ فى الموضع الذى يجب فيه الفسخ تتبعه الزوائد في الفسخ عند الجميع ، وقد تملك المبيع بالقيمة كما تملك بالثمن كالشفيع يأخذ تارة بقيمة الشقص[1] اذا كان عوضا من ذوات القيم •

---

(١) في لسان العرب في مادة شقص : الشقص والشقيص الطائفة من الشيء ، والقطعة من الارض ، تقول اعطاه شقصا من ماله (أي جزءا) وقيل هو قليل من كثير ، وقيل هو الحظ ، ولك شقص هذا وشقيصه ، كما تقول نصفه ونصيفه ، والجمع من كل ذلك اشقاص وشقاص ، قال الشافعي في باب الشفعة: فان اشترى شقصا من ذلك ، أراد بالشقص نصيبا معلوما غير مفروز ••• وفي الحديث أن رجلا من هذيل اعتق شقصا مملوك فأجاز رسول الله (ص) وقال : ليس لله شريك • قال شمر قال خالد النصيب والشرك والشقص واحد، قال شمر : والشقيص مثله ، وهو في العين المشتركة من كل شيء • قال الازهري : واذا أفرز جاز أن يسمى شقصا •

فصـــــل

أنواع البيوع من حيث الصحة والبطلان والفساد والوقف

٢١٣٩ـ والبيع على ثلاثة اضرب : بيع صحيح وبيع فاسد وبيع موقوف •

٢١٤٠ ـ وقال الشافعي البيع الموقوف على الاجازة باطل •

٢١٤١ ـ واتفق الفريقان على ان البيع يقف على الفسخ في بيع الخيار •

٢١٤٢ ـ وقلنا ، والشافعي ان خيار الشرط شرط للفسخ لا للاجازة •

٢١٤٣ ـ وقال مالك الاجازة شرط •

٢١٤٤ ـ وفائدة الخلاف اذا مضت مدة الخيار ثم البيع عندنا وعنده يبطـل ويرجع الى البائع •

فصـــــل

باب من بيوع ذوي الأرحام

٢١٤٥ ـ واذا كان في ملك الرجل عبدان أحـــدهما صغير والآخر كبير ، فليس له أن يفرق بينهما في البيع كالاب والابن والام والبنت •

٢١٤٦ ـ وان فرق بينهما جاز البيع عند ابي حنيفة ومحمد وكان مكروها •

٢١٤٧ ـ وقال ابو يوسف والشافعي البيع باطل حتى يجمع •

٢١٤٨ ـ واتفقوا على انه لو باعهما جميعا ثم وجد المشترى بأحدهمـا عيـا كان له أن يرده خاصة •

٢١٤٩ ـ وروى عن ابى يوسف انه ليس له أن يرد •

٢١٥٠ ـ وروى عنه رواية اخرى ان سائر ذوى الارحام مثل الاب والام •

٢١٥١ ـ وفرق الشافعى بين الاب وسائر ذوى الارحام كالاخ والعم والعمـة والاخـت •

٢١٥٢ واتفقوا على انه يجوز ان يعتق احدهما دون الآخر ، وان يكاتب •

٢١٥٣ ـ وان استولد الامة أو دبرها فله ان يفرق •

٢١٥٤ ـ وروى ابن زياد عن ابي حنيفة انه في التدبير والاستيلاد لا يفرق لانهما على ملكه ، والملك لم يزل ، وفي العتق زال الملك فجاز له البيع بعد ذلك •

٢١٥٥ ـ وفي هذا البيع مسائل كثيرة وخلاف ووفاق • فمن [١] كان له ولمكاتب له أو عبد تاجر عليه دين مملوكان فأراد أن يفرق بينهمافرق لان ما في يد المكاتب والمأذون خارج عن يده فهم كالاجنبي ، وغير ذلك من فروع المسائل•

باب

بيع الأمة الحامل

٢١٥٦ ـ واذا كانت الأمة بين رجلين فباع أحدهما نصيبه من رجل وهي حامل وادعى المشترى الحبل وادعاه البائع والذى لم يبع معا فان ولدته لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه من البائع وشريكه وينتقض البيع ، ويرد المشترى نصف العقر على الذي لم يبع باقراره بالوطء •

٢١٥٧ ـ وقال الحاكم : قوله ويرد المشترى نصف العقر ليس بسديد ، والصواب أن يرد جميع العقر على الشريكين •

٢١٥٨ ـ وهذا في رواية ابى سليمان ، لانها ام ولد لهما فيجب جميع العقر لهما لانه وطئها بشبهة ملكه •

٢١٥٩ ـ وانما يثبت نسبه من الشريكين لأن دعواهما دعوى علوق قبلت في ملك الغير ولان دعواهما أكثر من دعوى الاب ولد جارية ابنه لأن للأب شبهة ملك •

فصل

٢١٦٠ ـ وان جاءت به لأكثر من ستة أشهر ثبت نسبه من المشترى ومن الذى لم يبع ، وعلى البائع نصف العقر للذي لم يبع لان الملك لهما وقد انقطع

---

(١) في نسخة قليج : كمن •

حكم العلوق لانه ليس فيه دلالـة على ان العـلوق كان فى ملـكها فوجـب اعتبار الملك ، والملك دون الذى باع وانما لزم نصف العقر لان اقرار ألبائع بالوطء فـي حال كان الملك لهما قبل بيعه فلا يلزمه باقرار غيره •

فصـــــل

نزاع على حمل جارية من زوج

٢١٦١ ـ واذا أقر المولى ان حمل جاريته من زوج كان زوجها منه ثم أراد أن يدعيه لنفسه فان كان ذلك الزوج صدق المولى أو لم يصدقه ولم يكـــذبه لا تجوز دعوى المولى فى قولهم جميعا ولا يثبت النسب •

٢١٦٢ ـ ولو انه كذبه ثم ادعاه المولى لنفسه فان في قول أبي حنيفة لاتجوز دعواه ايضا •

٢١٦٣ ـ وفى قول ابى يوسف ومحمد تجوز •

باب الاستبراء في الجواري

٢١٦٤ ـ ولا نعلم خلافا بين العلماء فى أصل الاستبراء وقد روى عنه عليـه السلام انه قال :

لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة •

٢١٦٥ ـ ولا توطأ الحامل حتى تضع ولا من تحيض حتى تحيض حيضة ، وأن كانت لا تحيض فشهر لانه أقيم مقام حيضة فى حق الصغيرة والآيسة •

فصـــــل

٢١٦٦ـ واذا اشترى جـارية حائضا فانـه لا يحتسب بالحيضة وعليه ان يستبرئها بحيضة اخرى عند ابى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابى يوسف وروى عن ابى يوسف انه لا استبراء عليه ، وهو قول ابراهيم النخعي •

٢١٦٧ ـ وكذلـك الخلاف لو حاضت فى يدى البائع أو كانت بكرا فـأن

الاستبراء واجب عند ابي حنيفة ومحمد ولا يجب عند ابي يوسف في احدى الروايتين لان المقصود العلم ببراءة رحمها •

فصل

٢١٦٨ ـ وان ارتفع حيضها لا من حمل يعلم انه بها لمرض أو عارض فان أبا حنيفة قال لا يطؤها[١] حتى يمضي عليها ثلاثة أشهر في رواية ومثله روى عن ابي يوسف ، وفي بعضها اربعة أشهر ، وفي رواية عنه حتى يعلم ان رحمها برىء من الحمل •

٢١٦٩ ـ وقال محمد بن الحسن يدعها اربعة أشهر وعشرا ، وهي عدة الوفاة ، وروى عنه ايضا انه قال شهرين وخمسة أيام عدة الأمة في الوفاة ، وانما أعتبر هذه المدة لان حيضها يجوز أن يتأخر ، وانما حددوا ذلك بما ذكرنا لان في مثل ذلك يتبين الحمل ويتحرك الولد في الرحم •

فصل

٢١٧٠ ـ واذا باع جارية فلم يقبضها المشترى حتى تقايلا البيع فالقياس ان يجب على البايع الاستبراء في رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة في الاملاء ، وهو قوله الاول ، وفي الاستحسان لا يجب الاستبراء وهو قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما •

فصل

٢١٧١ ـ ولو كان المشترى قبضها ثم اقاله فباعها فولدت عند المشترى فماتت الجارية وبقي الولد فادعى البائع الولد فان النسب يثبت ويرد البائع جميع الثمن في قول ابي حنيفة ولا يمسك لاجل الولد شيئا ، وفي قولهما لا يرد حصة الأم من الثمن ، وهذا فرع لمسألة اخرى ان أم الولد ليست بمال •

---

(١) في النسخة المعتمدة كتبت على هذا النحو : لايطأها •

فصـــل

٢١٧٢ ـ ولو قبض المشترى الجارية فوجد بها عيبا فردها أو كان البائع قد باعه منها سهما ثم ردها ثم أقاله فى الشقص فعليه الاستبراء لانه وجد سبب الاستبراء •

فصـــل

٢١٧٣ ـ واذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو فكت المرهونة أو عجزت المكاتبة فالاستبراء على المولى فى ذلك ، ولو وهبها لولد له صغير أو كبير ثم اشتراها لنفسه فعليه الاستبراء لانه ملك جديد •

٢١٧٤ ـ ولو قبضها المشترى بشراء وفسخ القاضى البيع لاجل الفساد فعليه الاستبراء فى الاستحسان ، وكان القياس ان لا يجب ، وكذلك كان القياس ان لا يجب الاستبراء على البائع اذا باع بشرط الخيار ثم فسخ ، وهذا مبنى على اصلنا أن البيع الفاسد اذا قبض المشترى المبيع ملك المشترى ، وعند الشافعي لا يملك فيجب أن لا يجب الاستبراء كالمغصوبة •

فصـــل

٢١٧٥ ـ واذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج قبل الدخول كان للمولى أن يقربها بعد أن يستبرئها بحيضة ، لان الوطىء قد كان حل لغيره فيجب عليه الاستبراء ، ولم يسقط ذلك اذا لم تجب عدة •

٢١٧٦ ـ وأن كان النكاح فاسدا وفرق فيه لم يكن عليه الاستبراء لانه لا يستباح به الوطىء •

٢١٧٧ ـ ولو وهب جارية فرجع فيها فعليه الاستبراء •

فصـــل

لا استبراء على الزانية

٢١٧٨ ـ ولا يجب الاستبراء على الزانية ، فان حملت منه لم يطأها حتى تضع ، والأمة والحرة فى ذلك سواء •

باب

بيع النخل وفيه ثمرة

٢١٧٩ ـ رجل اشترى ارضا ونخلا بالف درهم ، والارض تساوى الفا والنخل مثل ذلك فاثمر النخل في يدى البائع ثمرا يساوى الفا فاستهلك البائع التمر فانه يسقط عن المشترى ثلث الثمن وعليه ثلثا الثمن في قول أبى حنيفة ومحمد وفي قياس ابى يوسف يسقط عنه ربع الثمن ويجب عليه ثلاثة ارباع الثمن فهما يقسمان الثمن على الارض والنخل ثم يحط ذلك الهالك من الثمن ، وعند أبي يوسف ان التمر دخل فيما يخص النخل خاصة ، لان البيع واقع على الأرض والنخل كالتبع فهو يشابه من اشترى أمة فولدت ولدين فان الثمن يقسم عليهم ، وخلاف آخر أنه لا خيار للمشترى ويأخذ بمقدار مابقى عليه من الثمن وعندنا للمشترى الخيار ·

فصـــــل

٢١٨٠ـ واذا باع النخل وعليه تمر فهو للبائع سواء ابرت أم لم تؤبر[1] ·

---

(١) في لسان العرب : أبّر النخل والزرع يأبرُه ويأبِره أبرا وابارا وابارة أصلحه ·

وأتبرت فلانا سألته أن يأبر نخلك ، وكذلك في الزرع اذا سألته أن يصلحه لـك ··

والآبر : العامل ·

والمؤتبر : رب الزرع ·

والمأبور : الزرع والنخـل ·

وزمن الآبار زمن تلقيح النخل واصلاحه ·

وفي الحديث : « خير المال مهرة مأمورة وسكة مأبورة » ·

السكة الطريقة المصطفة من النخل ، والمأبورة الملحقة · يقال أبرت النخلة وأبرّتها فهي مأبورة ومؤبرة · وقيل السكة سكة الحرث ··

وفي الحديث : من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع·

وتأبير النخل : تلقيحه ، يقال نخلة مؤبرة مثل مأبورة ، والاسم منه الابار على وزن الازار ·

٢١٨١ـ وقال الشافعي : اذا ابرت فهي للبائع وان لم تؤبر فهي للمشتري •

٢١٨٢ـ وعند ابن أبي ليلى هي للمشترى فى الحالين •

٢١٨٣ـ وعندنا لايدخل فى البيع بغير شرط لانه يمكن افرادها بالبيع فهي في حكم عين أخرى لانها ثمرة ظاهرة كالمؤبرة •

فصـــــل

٢١٨٤ـ واذا باع الثمرة واطلق البيع جاز ووجب على المشترى قطعها •

٢١٨٥ ـ وقال الشافعي : لا يجوز مطلقا اذا كان لـم يبد صلاحها الا بشرط القطع ، لان كل ثمرة جاز بيعها بشرط القطع جاز مطلقا كما لو بدا الصـلاح ، ولان الشرط غرر في البيـع •

فصـــــل

٢١٨٦ـ وان شرط تركها فأنه يبطل العقد عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٢١٨٧ـ وقال الشافعي : اذا كان قد بدا صلاحها لم يبطل البيع •

٢١٨٨ـ لان ماجاز بيعه بشرط القطع لايجوز بشرط الترك كالتي لم يبد صلاحهـا •

فصـــــل

٢١٨٩ـ ولا فرق بين أن يكون قد تناهى عظمها أو لم يتناه ان شرطالترك يفسـد البيع ، وقال محمد : يجوز استحسانا لانه شرط تركها فصار كما لو لم يبد صلاحهـا •

فصـــــل

٢١٩٠ـ واذا اشترى رطبا على رؤوس النخل بخرصه تمرا لم يجـز •
وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة أوسق ، ولا يجوز فيما زاد على ذلك•

٢١٩١ـ ولو جاز ذلك لجاز في الزيادة ، وكان يجوز في سائر الثمار والحبوب ، وقد أجمعنا على أن ذلك لايجوز •

فصل

٢١٩٢ ـ ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة •
وعندهما والشافعي لا يجوز •

٢١٩٣ ـ وأجمعوا على جواز بيع العتيق من التمر بالحديث[١] •

٢١٩٤ـ واختلف ابو يوسف ومحمد في بيع العنب بالزبيب •

٢١٩٦ ـ واجاز أصحابنا بيع الحنطة بالدقيق اذا كان مع الحنطة ثمن •

٢١٩٥ ـ واختلف في جواز بيع الحنطة بالسويق فقال أبو حنيفة لا يجوز •
وقال أبو يوسف ومحمد يجوز •

٢١٩٦ ـ واجاز أصحابنا بيع الدقيق بالدقيق اذا كان على صفة واحدة •

٢١٩٧ ـ وقال الشافعي لا يجوز •

فصل

بيع الشاة باللحم

٢١٩٨ ـ وبيع الشاة باللحم جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٢١٩٩ ـ وقال محمد يجوز على وجه الاعتبار •

٢٣٠٠ ـ وقال الشافعي لا يجوز بحال لانه معدود بموزون فصار كالدرهم•

فصل

٢٣٠١ ـ وبيع الشاة التى فى ضرعها لبن او على ظهرها صوف بلبن من

---

(١) في نسخة المعهد (الحديث) •

(١) في لسان العرب : خرص يخرص بانضم خرصا وتخرّص أي كذب ورجل خراص أي كذاب ••• وأصل الخرص التظني فما لاتستيقنه ، ومنه خرص النخل والكرم اذا حزرت التمر ، لان الحزر انما هو تقدير يظن لا احاطة والاسم الخرص بالكسر •

جنس لبنها أو صوف من جنس صوفها جائز عند ابى حنيفة على وجه الاعتبار •

٢٣٠٢ ـ وقال غيره لا يجوز •

٢٣٠٣ ـ ومن أصحابنا من فرق بين الصوف واللبن ومنهم من سوى في ذلك وقال : الخلاف في الجميع واحد •

فصـــل

٢٣٠٤ ـ واجازوا بيع الزيت بالزيتون والشيرج[1] بالسمسم على وجه الاعتبار بأن يكون في الدهن مثل ما في السمسم وزيادة في مقابلة اللبن •

٢٣٠٥ ـ وقال زفر ومالك لا يجوز •

فصـــل

٢٣٠٦ ـ واذا باع شاة واستثنى اطرافها لم يجز البيع •

٢٣٠٧ ـ وقال بعض الفقهاء يجوز وهم الحنابلة •

٢٣٠٨ ـ وفى هذا الضرب مسائل كثيرة •

٢٣٠٩ ـ وأجاز أصحابنا بيع الحنطة بالشعير متفاضلا ومتساويا •

٢٣١٠ ـ وقل مالك لا يجوز لأنهما جنسان ، فهما كالدنانير والدراهم •

فصـــل

٢٣١١ـ والربا يجري في مكيل جنس عندنا اذا بيع بمثله ، وكذلك الموزون •

٢٣١٢ ـ وقال الشافعي الربا يختص بالمطعومات والاثمان •

فصـــل

٢٣١ ـ والجنس يحرم عندنا النسأ كما يحرم النسأ بالمعنى المضموم اليه •

(١) هو دهن السمسم •

باب من السلم[1]

٢٣١٤ ـ وكل ما تضبط صفته ويعلم قدره فالسلم فيه جائز اذا ذكر جنسا معلوما ونوعا وقدرا معلوما أو صفة معلومة ، وكان موجودا فالسلم في ايدى الناس من يوم العقد الى يوم المحال[٢] وذكر الاجل في ذلك ، وقبض رأس المال في المجلس ، وسمى موضع تسليمه فذلك جائز باجماع ، اذا كان رأس المال معلوما ، وكلما انخرم[٣] من هذه الشروط شرط دخل الخلاف في العقد لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« من اسلم فاسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » بعد نهيه عن بيع ما ليس عند الانسان •

فصل
تعجيل أحد البدلين

٢٣١٨ ـ واجاز الشافعي السلم حالا ومؤجلا وامتنع أصحابنا من ذلك ، وقالوا : لا يجوز الا بأجل لانه لا فرق بين السلف والسلم واللفظ واذا كان حالا لم يتمكن من التسليم عقب العقد •

فصل
السلم في المعدوم

٢٣١٦ ـ واجاز السلم في المعدوم اذا كان موجودا عند المحل •

٣١٧ ـ وقال أصحابنا لا يجوز حتى يكون موجودا عند الطرفين ، وفيما

---

(١) جاء في لسان العرب : يقال أسلم وسلم اذا أسلف وهو أن تعطي ذهبا وفضة في سلعة معلومة الى أمد معلوم ، فكأنك قد اسلمت الثمن الى صاحب السلعة وسلمته اليه •

وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد •

(١) في نسخة (قليج) المحل •

(٢) في نسخة قليج (انعدم) •

بين ذلك ، لان ذلك وقت يجوز ان يحل فيه بالموت ، والموت[١] فكان وجوده شرطا كالمحل المشروط خلاف الشافعي يكفى وجوده عند المحل المشروط .

فصـــــل

ما يجوز السلم فيه

٢٣١٨ ـ واجاز اصحابنا السلم فى الجـوز واللوز والفستق والحنطة والشعير والبر والزيت والقطن والزعفران ، وكل ما يكال وكل ما يوزن وكل ما يعد ويتقارب ولا يتفاوت كاللبن والآجر والنورة والطوابيق والمسـوح[٢] والاكسية والثياب والزجاج والآنية ، وفي بعض ذلك خلاف وفيه وفاق .

ومسائل السلم كثيرة

فصـــــل

قرض مال بمثله

٢٣١٩ ـ اجاز أصحابنا قرض ماله مثل من المكيل والموزون .

٢٣٢٠ ـ وقالوا : لا يجوز قرض ذوات القيم .

٢٣٢١ ـ وقال الشافعي يجوز الا الحوار[٣] ومن اصحابه من اجاز الجميع .

فصـــــل

٢٣٢٢ ـ وقالوا : لو اشترى بذهب وفضة وسمى وزنا معلوما كـان الثمن منقسما من كل جنس نصفه .

٢٣٢٣ ـ وقال الشافعي لا يجوز حتى يبين كل واحد .

---

(١) فى نسخة قليج : والشرع .

(٢) كذا في النسختين ولعله الشيرج .

(٣) كذا ولعله الخبز الحواري ... والحـــواري من ألدقيق الخالص المنقى (راجع لسان العرب مادة حور) .

فصـــل

٢٣٢٤ ـ واجاز الجميع صرف ما فى ذمة كل واحد فى ذمة الآخـر ، واعتبروا القبض فى الصرف فى المجلس •

٢٣٢٥ ـ وقال اصحابنا ان الدراهم والدنانير لا تتعين بالعقد •

٢٣٢٦ ـ وقال أبو الحسن تتعين ولا تستحق أعيانها •

٢٣٢٧ ـ وقال زفر تتعين وبه قال الشافعي •

٢٣٢٨ ـ ولو تعينت لما صح العقد عليها مع الاطلاق •

ومسائل البيوع كثيرة ، وسمعت شيخنا قاضى القضاة رحمه الله يقول ان أبا بكر الخوارزمي رحمه الله جمع كتاب البيوع من كتب محمد وأصحابنـا من جميع الكتب فكانت خمسين الفا وزيادة وانه وقع ذلك اليه •

٢٣٢٩ ـ وفى الذى ذكرت من هذه المسائل فى هذا الكتاب مالم يذكـره غيرى في أدب القضاء ، كالطحاوى والخصـاف فانهمـا لـم يودعـا كتبهمـا من ذلك شيئاً •

كتاب الرهن

تعريف(1)

٢٣٣٠ ـ الرهن عقد وثيقة يفتقر الى ايجاب وقبول ، وهو جائز قبل القبض غير لازم ، وانما يلزم بالقبض •

٢٣٣١ ـ وقال مالك : يلزم من غير قبض •

٢٣٣٢ ـ وهو لازم للراهن ليس لــه ابطاله الا (ان) يقضي ما هــو رهــن به ، لأنه قد تعلق به حق غيره •

فصـــــل

٢٣٣٣ ـ ولو رهن نصف عبد أو دار او مكيل أو موزون غـير مقسوم فالرهن فاسد عندنا •

٢٣٣٤ ـ وقال الشافعي : كل ما جاز بيعــه جاز رهنه وعندنا ان كل ما جـاز رهنه جاز بيعه ، ويجوز رهنه لانه اعم من الرهن •

٢٣٣٥ ـ وبيع ما في الذمة يجوز ، ولا يجوز رهنه •

٢٣٣٦ ـ ويجوز بيع التركة قبل القبض ولا يجوز رهنها •

٢٣٣٧ ـ وعقد هذا الباب : ان كل ما يجوز رهنه ابتداء فانه يجوز فـي حالة البقاء فانظر ابدا الى ما يستحق من الرهن ، فان كان الباقي يجوز ان يبتدأ فيه الرهن فالرهن بحاله فيه ولا يبطل ، وان كان لا يجوز ابتداء فالرهن قد بطل ، ولا فرق بين الشريك وغيره •

٢٣٣٨ ـ وسائر الاموال في ذلك سواء العقار والعبيد والمكيل والموزون

---

(1) في لسان العرب : قال ابن سيدة : الرهن ماوضع عند الانسان مما ينوب مناب ما أخذ منه ، يقال رهنت فلانا دارا رهنا ، وارتهنته اذا أخذه رهنا والجمع رهون ورهان ورهن بضم الهاء •

وكل شيء يحتبس به شيء فهو رهينة ومرتهن ، وارتهن منه رهنا أخذه •

والثياب والنخل والشجر وسائر ضروب الاموال في ذلك سواء ، وان بعض الجميع لم يصح الرهن أيضا ، وكذلك ان كان الرهن مقسوما فاستحق بعضه مشاعا بطل الرهن ، وان كان معينا والباقي يجوز رهنه بحاله •

٢٣٣٩ ـ ومسائل هذا الباب كثيرة ، والاصل واحد ، ولا فرق بين ان يأذن الشريك في ذلك أو لا يأذن ان الرهن لا يصح •

فصل

الرهن في السفر

٢٣٤٠ ـ ويجوز الرهن في الحضر كما يجوز في السفر خلافا لاهل الظاهر •

حظر الانتفاع بالرهن

٢٣٤١ ـ ولا يجوز للراهن الانتفاع بالرهن •

وقال الشافعي له الانتفاع اذا كان له منفعة •

رهن العين المغصوبة

٢٣٤٢ ـ واذا رهن العين المغصوبة عند الغاصب جاز الرهن وزال ضمان الغصب •

٢٣٤٣ ـ وقال الشافعي ضمان الغصب بحاله •

إعتاق العبد المرهون

٢٣٤٤ ـ واذا اعتق الراهن العبد المرهون جاز عتقه موسرا كان أو معسرا •
وللشافعي في ذلك ثلاثة أقوال : مثل قولنا ولا يعتق ، والثالث الفرق بين المعسر والموسر •

تقبيل الجارية المرهونة

٢٣٤٥ ـ وان قبل المرتهن الجارية المرهونة من غير شبهة[١] لم يجب الحد في أحدى الروايتين لأنها محبوسة في يديه بحق له في رقبتها •

---

(١) كذا في النسختين والظاهر انها شهوة واول العبارة في نسخة مثيخ : واذا وطىء •

فصــــل

٢٣٤٦ـــ وان وطيء باذن الراهن فولدت منه فالولد عبد •

٢٣٤٧ـ وقال الشافعي حر •

٢٣٤٨ـ لان اذنه ليس اكثر من تزويجه بها ولو تزوجها كان الولدعبدا•

٢٣٤٩ـ واذا باع المرتهن الرهن قبل حلول الدين باذن الراهن فالبيع جائز والثمن رهن •

٢٣٥٠ـ خلاف الشافعي لايكون رهنا •

ولو شرط له ذلك أو شرط ان يعجل الدين فالبيع جائز ويلزم تسليم ذلك

٢٣٥١ـ خلاف الشافعي البيع باطل على هذا الشرط •

٢٣٥٢ـ ورهن العبد الجاني والمرتد جائز كما يجوز البيع •

٢٣٥٣ـ وقال الشافعي لا يصح في أحد قوليه •

الزيادة في الرهن والدين

٢٣٥٤ـ وتجوز الزيادة في الرهن •

٢٣٥٥ـ ولا تجوز في الدين •

٢٣٥٦ـ وقال ابو يوسف يجوز فيهما

٢٣٥٧ـ وقال زفر لايجوز فيهما •

٢٣٥٨ـ وللشافعي قولان في ذلك •

إقرار الراهن بجناية العبد المرهون

٢٣٥٩ـ ولا يجوز اقرار الراهن على العبد المرهون بالجناية •

٢٣٦٠ـ وقال الشافعي في أحد قوليه يجوز •

٢٣٦١ ـ واذا قتل العبد المرهون في يد المرتهن بالردة ثبت الخيار في فسخ البيع •

٢٣٦٢ـ خلاف الشافعي لايثبت •

٢٣٦٣ـ واذا علق عتق عبده بصفة ثم رهنه جاز الرهن •

٢٣٦٤ـ وقال الشافعي لا يجوز رهنه ، وله تفصيل في تعجيل الصفـــة وتأخيرها على محل الدين لانه يجوز بيعه فجاز رهنه •

تحول العصير المرهون خمراً

٢٣٦٥ـ واذا رهن عصيرا فصار خمرا لم يبطل الرهن •

٢٣٦٦ـ وقال الشافعي يبطل •

٢٣٦٧ـ وان عادت خلا فالمرتهن أحق بها من الغرماء •

رهن ما يسرع إليه الفساد

٢٣٦٨ ـ ورهن ما يسرع اليه الفساد بالدين الحال أو المؤجل جائز •

٢٣٦٩ ـ وقال الشافعي لا يجوز •

فصـــل

توكيل المرتهن ببيع الرهن

٢٣٧٠ـ ويجوز أن يكون المرتهن وكيلا ببيع الرهن عند محله •

٢٣٧١ ـ وقال الشافعي لا يجوز •

٢٣٧٢ ـ ولا يملك الراهن عزل الوكيل عن بيع الرهن اذا وكلـه بالبيع ،

٢٣٧٣ ـ وقال الشافعي يملك •

فصـــل

تبعة هلاك ثمن الرهن

٢٣٧٤ـ واذا باع العدل الرهن فهلك الثمن فهو من ملك المرتهـن لان اليد للمرتهن دون الراهن لان الراهن لو اراد فسخ يد العدل لم يكن له ذلك والمرتهن له ذلك •

٢٣٧٥ ـ وقال الشافعي يكون من مال الراهن •

فصـــل

إستحقاق الرهن

٢٣٧٦ـ واذا استحق الرهن بعد البيع على المشتري رجع على العدل البائع •

٢٣٧٧ ـ وقال الشافعى يرجع على الراهن •

٢٣٧٨ ـ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد عندنا دون من عقد له فـى كل مـا تصح اضافته الى العاقد من العقود •

٢٣٧٩ ـ واذا ادعى العدل تسليم الثمن الى المرتهن فالقول قوله •

٢٣٨٠ ـ وقال الشافعي لا يقبل قوله عليه •

٢٣٨١ ـ لأنه أمين له واليد يد المرتهن وان تعلق بها حق الراهن •

دفع العبد الرهن في الجناية

٢٣٨٢ ـ واذا دفع العبد الرهن فى الجناية بطل من الدين بحساب ذلك •

٢٣٨٣ ـ وقال الشافعي لا يبطل •

٢٣٨٤ـ والرهن مضمون عندنا بالاقل من قيمته ومن الدين •

٢٣٨٥ ـ وقال الشافعى هو امانة •

٢٣٨٦ـ ولو كان امانة لقبل قول المرتهن في الرد على الراهن كســائر الامانات ، ولكان المرتهن وغيره في ثمنه سواء •

فصـــل

رهن المكاتب

٢٣٨٧ ـ ويجوز رهن المكاتب بدين المكاتبة •

٢٣٨٨ـ وقال الشافعي لايجوز •

٢٣٨٩ـ لانه دين واجب كسائر ديونه •

فصـــل
تزويج الأمة المرهونة

٢٣٩٠ـ ويجوز للراهن تزويج الامة المرهونة بغير اذن المرتهن •

٢٣٩١ـ وقال الشافعي لايجوز •

فصـــل

الزيادة من الرهن

٢٣٩٢ـ والزيادة من الرهن تدخل في الرهن •

٢٣٩٣ـ وقال الشافعي لايدخل المنفصل ويدخل المتصل •

٢٣٩٤ـ لانه حق ثابت في الام فسرى الى الولد كالملك والعتاق •

فصـــل

الشرط الفاسد في الرهن

٢٣٩٥ـ واذا شرط في الرهن شرطا فاسدا بطل الشرط وصح الرهن •
وقال الشافعي يبطل الرهن •

٢٣٩٦ـ لانه عقد شرط في لزومه القبض كالهبة •

باب
اختلاف الراهن والمرتهن

٢٣٩٧ـ واذا اختلف الراهن والمرتهن في الدين فالقول قول الراهن في الدين مع يمينه ، ولا خلاف في ذلك •

٢٣٩٨ ـ وان اقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت الزيادة •

فصـــل

٢٣٩٩ـ وان قال الراهن رهنت بخمسمائة وقال المرتهن بل بالف ،

والدين الف على الراهن فالقول قول الراهن ، كما لو انكر الرهن كان القول قوله في ذلك .

٢٤٠٠ ـ واذا قال المرتهن قبضت خمرا .

وقال الراهن بل صارت العين خمرا عندك ، فالقول قول المرتهن .

٢٤٠١ـ وقال الشافعي القول قول الراهن .

٢٤٠٢ـ لانه لم يقر بقبض يوجب الضمان .

فصـــــل

٢٤٠٣ـ وان قال الراهن رهنتها عندك بجميع مالك من الدين وهو الف، وقال المرتهن رهنتها بخمسمائة والجارية الرهن تساوى الفا فان الحسن بن زياد قال عن ابي حنيفة ان القول قول الراهن ويترادان بعد التحالف .

٢٤٠٤ـ وان مات الراهن قبل التحالف كانت بما قال المرتهن لانه ينكر الضمان .

فصـــــل

اختلافهما في قيمة الرهن

٢٤٠٥ـ ولو اتفقا على ان الجارية رهن واختلفا في قيمة الجارية ، وقد هلكت في يد المرتهن فقال المرتهن كانت قيمتها خمسمائة وقال الراهن الفا فالقول قول المرتهن في قيمة الهالك .

٢٤٠٦ ـ وان اقاما بينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان والزيادة .

فصـــــل

٢٤٠٧ ـ وان اختلفا فقال المرتهن رهنتني هذين العبدين بألف .

وقال الراهن بل احدهما بألف لم تقبل دعوى احدهما على صاحبه ، ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه .

فصـــــل

٢٤٠٨ ـ واذا كان الرهن أمة فولدت ثم ماتت الامة وبقي الولد ، واختلفا في قيمة الام فالقول قول المرتهن والبينة بينة الراهن ، وكذلك الحيوان والشجر والثياب وسائر الاعيان مثل ذلك .

فصـــل

٢٤٠٩ـ واذا اختلفا فقال الراهن :

قبضت مني الرهن فهلك في يدك وقال المرتهن :

بل قبضته انت مني فهلك في يدك فالقول قول الراهن مع يمينه لانالمرتهن قد اقر بقبضه فهو في ضمانه •

٢٤١٠ـ وان اقاما جميعا البينة على ما قالا اخذت بينة الراهن لانه المدعي للقضاء ، لان هلاك الرهن في يد المرتهن بمنزلة القضاء •

فصـــل

٢٤١١ـ وان قال المرتهن هلك في يدالراهن قبل ان اقبضه ، وقال الراهن هلك في يد المرتهن فالقول قول المرتهن لانه لم يغير مقتضى شيء ، فان اقامـا البينة اخذت بينة الراهن لانها تثبت القضاء وتشهد بعين الظاهر •

فصـــل

٢٤١٢ ـ وان قال المرتهن : رهنتنى هذين الثوبين وقبضتهما فقال الراهن : رهنتك أحدهما فالقول قول الراهن •

٢٤١٣ـ وان اقاما بينة ، اخذت بينة المرتهن •

فصـــل

٢١٤٤ـ واذا كان الرهن عبدا ؛الدين الفين والعبد يساوى الفا وقدذهبت عينه واختلفا في قيمته فقال الراهن كانت قيمته يوم رهنتك الفين فقد ذهبنصف دينك ، وقال المرتهن بل كانت قيمته خمسمائة وانما زاد بعد ذلك وانما ذهب ربع حقي فالقول قول الراهن مع يمينه •

٢٤١٥ـ فان اقاما جميعا بينة على ما ادعياه اخذت بينة الراهن لانه يدعـي القضاء والبراءة ، والعبد مضمون على المرتهن ، وهو يتصرف في ملك الراهن فهو كالغاصب •

٢٤١٦ ـ واذا اختلف هو والمغصوب منه فالقول قول المغصوب منه لانه لا يصدق فيما يوجب سقوط الضمان عنه •

فصــــل

٢٤١٧ـ واذا ادعى الرهن وانكر الراهن الرهن او أقر بالرهن وانكر التسليم فالقول قوله وعلى المدعي البينة انه ارتهن وقبض •

٢٤١٨ـ فان أقام بينة رجلين أو رجلا وامرأتين انه ارتهن وشهدوا على معاينة القبض او اقرار الراهن بذلك فهو سواء •

٢٤١٩ـ وهذا قول ابي حنيفة الاخير ، وهو قول ابي يوسف ومحمد لانهما اثبتا الرهن بالشهادة •

فصــــل

٢٤٢٠ـ ولو شهد احدهما انه رهن بمائة وشهد الآخر بمائتين ، والمرتهن يدعي مائتين فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة •

٢٤٤١ ـ وقالا يكون رهنا بمائة والقول قول الراهن في الزيادة •

٢٤٢٢ـ وعند الشافعي يحلف مع الشاهد الواحد ، ويكون رهنا بمائتين •

٢٤٢٣ـ واتفق الجميع على انه لو شهد احدهما بحنطة والآخر بشعير أو شهد بدنانير والآخر بدراهم أو شهد احدهما بعبد والآخر بثوب ان الشهادة باطلة ولا شيء على الراهن من ذلك •

٢٤٢٤ـ واتفقوا على انه لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين والمرتهن يدعي مائة وخمسين فالشهادة جائزة في مائة ، ويكون على الراهن •

٢٤٢٥ـ ولو ادعى الراهن انه رهن بمائة وخمسين ، وذلك قيمته ، واقاما على ذلك شاهدا وشهد له آخر بمائة وقال المرتهن مائة وخمسون وهذا رهن بمائة منها فالقول في ذلك قول المرتهن مع يمينه الا ان يقدم الراهن شاهدا آخر على ما ادعاه •

٢٤٢٦ـ وان اقاما جميعا بينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الزيادةوالقضاء

فصـــــل

اشتراط الرهن بالثمن

٢٤٢٧ ـ واذا باعه متاعا على ان يرهنه عبدا بالثمن فجحد المشترى ذلـك وأقام عليه بينة بالبيع والرهن فانه لا يجبر الراهن على تسلم الرهن ، لانه غـير مقبوض ، ولكن له الخيار فى فسخ البيع ، ولا يجبر على تمام البيع الا ان يسـلم الراهن العبد الى المرتهن او مقامه رهنا آخر يرضى به المرتهن فيجبر على ذلك لان الرهن لايلزم من غير قبض ، وقد شرط في الثمن صفة فاثبت الخيار لـه في ذلك •

فصـــــل

٢٤٢٨ ـ واذا ادعى الرهن رجلان كل واحد يقول رهنه عندى والرهن في يدى الراهن ، وأقام كل واحد بينة بما ادعاه فليس الرهن عند واحد منهما في القياس وبه نأخذ والاستحسان ان يكون بينهما ، وان كان في ايديهما فهو كذلك ايضا في القياس والاستحسان •

٢٤٢٩ـ وان كان في يدى احدهمافهو له الا ان يقيم الآخر البينة انه رهنه قبله بوقت واذا وقتا وقتينفهو للاول منهما ، واذا لم يوقتا فليس برهن لاحدهما في القياس ، وهذا هو المذهب لانه يقتضي اشاعة الرهن ورهن المشاع لايصح •

فصـــــل

٢٤٣٠ـ ولو مات الراهن والرهن في ايديهما واقاما بينة كل واحد انه رهن عنده ، فانه يباع لهما ويقضي دينهما ، وضربا مع الغرماء بما فضل لهما فيتركة الميت ، ويأخذ الغرماء ما فضل من ثمن الرهن عند ابي حنيفة ومحمداوستحسانا

٢٤٣١ـ والقياس ان الرهن باطل وهو قول ابي يوسـف ويكون بـين الغرماء بالحصص ولا يسلم لهما •

فصـــــل

٢٤٣٢ ـ واذا كان المرتهن اثنين فوضع احدهما الرهن عند صاحبه والرهن مما يحتمل القسمة فالدافع ضامن قيمته عند ابي حنيفة •

٢٤٣٣ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا ضمان على القابض في قولهم جميعا •

فصل

الرهن لدى عدل

٢٤٣٤ ـ واذا وضع الرهن على يدى عدل فهو جائز عندنا •

وعند الشافعي ومالك •

٢٤٣٥ ـ وقال ابن ابى ليلى لا يجوز الرهن حتى يكون في يد المرتهن •

٢٤٣٦ ـ لأن يد العدل للمرتهن عندنا[1] لأنه يملك اخراجه متى شاء ويبطل الرهن •

٢٤٣٧ ـ فان باع العدل العبد الرهن وذهب الثمن كله او بعضه قبل القبض جاز في قول ابى حنيفة ومحمد •

٢٤٣٨ ـ وقال أبو يوسف والشافعي هبة الوكيل الثمن قبل القبض باطلة ، كما لو وهب بعد القبض •

فصل

٢٤٣٩ ـ واذا ادعى رجل الرهن والآخر الشراء والرهن في يدى الراهن فبينة المشترى أولى •

٢٤٤٠ ـ وان كان في يدى المرتهن فالمرتهن اولى به ، الا ان يقيم المشترى البينة انه قبل ، ويقدم الاول في العقدين معا على الآخر ايهما كان •

فصل

٢٤٤١ ـ واذا ادعى الرجل على غيره انه رهنه هذا العبد بألف ، وهو في يدى المدعى عليه والآخر ينكر ذلك قبل بينة الراهن •

٢٤٤٢ ـ وان هلك لزمه جميع قيمة العبد لأنه صار بالجحود غاصبا فلزمه جميع قيمته •

---

(١) أي أن حيازة الرهن للمرتهن والعدل يحوز الرهن بالنيابة عن المرتهن اذ المرتهن هو الحائز الاصلي •

فصـــل

٢٤٤٣- واذا رهن عند صبي لا يعقل القبض فالرهن باطل ، فأن كبر وبلغ جاز بيعه « بتسليط الراهن عند ابي يوسف ومحمد[1]» وذكر الخصاف انــه لا يجوز عند ابي حنيفة البيع بعد الكبر لأنه لم يصــح الرهـــن .

فصـــل

إبراء المرتهن الراهن

٢٤٤٤ ـ واذا ابرأ المرتهن الراهن من الدين أو وهبه والرهـــن في يديه فتلف قبل رده على الراهن من غير تعد فلا ضمان على المرتهن عنـــد ابي حنيفة ومحمد وابى يوسف .

٢٤٤٥ ـ والقياس ان يضمن قدر الرهن وهو قول زفر بن الهذيل .

فصـــل

٢٤٤٦ ـ واذا تطوع الرجل بفضل ثمن المبيع أو طلاق الزوجة ثم استحق المبيع او رد بعيب او طلقت المرأة قبل الدخول فان المتطوع يرجع بما لــه عـــلى البائع ويرجع الصداق اليه عند علمائنا الثلاثة .

٢٤٤٧ ـ وقال زفر يرجع على الزوج والمشترى دون المتطوع بذلك.

فصـــل

جناية الرهن

٢٤٤٨ ـ وان كان فيه فضل ففدى فهو متطوع ان كان الراهن حـاضرا ، وان كان غائبا فليس بمتطوع فى رواية محمد عن ابى حنيفة .

٢٤٤٩- وروى الحسن عنه بالضد ان كان غائبا فهو متطوع وان كان حاضرا فليس بمتطوع .

٢٤٥٠ ـ وقال هو متطوع فى الحالين .

فصـــل

٢٤٥١ ـ واذا رهن الأب او الوصي مال اليتيم فى دين نفسه جاز عند ابي حنيفة ومحمد .

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

٢٤٥٢ - وروى عن ابى يوسف انه لا يجوز •

فصـــــل

قضاء جزء من الدين الموثق برهن

٢٤٥٣ - واذا كان الرهن اعيانا كل عين بعشرة فقضى الراهن عشره لم يكن له ان يأخذ من الرهن شيئا حتى يؤدى الجميع فى رواية الأصل •

٢٤٥٤ - وقال فى الزيادات له ان يأخذ ما أدى عنه •

٢٤٥٥ - ويقال هو قول محمد خاصة •

فصـــــل

رهن أرض فيها نخل

٢٤٥٦ - واذا رهن أرضا فيها نخل بألف ، وقيمة الأرض وقيمة النخل مثل ذلك فاحترق النخل فالأرض رهن بخمسمائة وسقط من الدين خمسمائة ، فان نبت فى الأرض نخل يساوى خمسمائة فان هذا النخل والأرض رهن بثلثي الدين عند ابى حنيفة ومحمد ، ولا فرق بين ان ينبت من عروق الاول أو من الأرض •

٢٤٥٧ - وفى قياس ابى يوسف ان نبت من عروق الاول تكون الأرض والنخل رهنا بثلاثة أرباع الدين ، وان نبت من غير عروق الاول يكون رهنا بنصف الدين اذا نبت من الأرض •

فصـــــل

٢٤٥٨ - واذا رهن العبد الجاني والمرتد فقتل فى يدى المرتهن وهو لا يعلم بما كان منه فهو من مال الراهن عند ابي حنيفة ، وكذلك اذا قطع فى السرقة •

٢٤٥٩ - وعند صاحبيه يقوم حلال الدم وغير حلال ويغرم نقصان ذلك من الدين كما قالا فى البيع •

٢٤٦٠ - ولو ضرب حداً أو عزر فنقص قيمته ذهب من الدين بحساب ذلك فى قولهم جميعا •

فصـــل

رهن أحد المتفاوضين

٢٤٦١ ـ ورهن أحد المتفاوضين جائز كما تجوز كفالته •

٢٤٦٢ ـ واذا ادعى الرهن فهو لنفسه وعندهما لا يجوز •

فصـــل

جناية ولد الرهن

٢٤٦٣ ـ واذا جنى ولد الرهن جناية فدفع بها لم يبطل من الدين شيء •

٢٤٦٤ ـ وان فقأت الأم عيني الابنة فدفعت بها ، واخذت الابنة مكانها فالابنة رهن بالدين كله ، وهذا قول ابى حنيفة وابى يوسف •

٢٤٦٥ـ وقال محمد تكون رهنا بحصتها ويسقط من الدين بمقدارنقصان العينين ، والخيار الى الراهن ان شاء افتكها وان شاء تركها فان فقأت الابنة عيني الأم بعد ذلك فدفعت وأخذت الام قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ينبغي أن تكون رهنا بجميع الدين •

٢٤٦٦ ـ وفي القياس يسقط من الدين بحسب ذلك من العينين •

٢٤٦٧ ـ وفي قول محمد ينبغي في القياس ان يسقط مما بقي من الدين نقصان العينين •

٢٤٦٨ ـ وفي الاستحسان ان يسقط نقصان العينين من جميع الدين •

٢٤٦٩ ـ وفي هذا الباب عجائب من المسائل •

باب رهن الفضة والذهب وذوات الأمثال

٢٤٧٠ ـ واذا ارتهن قلب[1] فضة فيه عشرة دراهم ، وقيمة القلب أقل من عشرة فانكسر عند المرتهن فانه ضامن لقيمته مصوغا من الذهب ويكون القلب له ويرجع بماله •

---

(١) في لسان العرب في مادة (قلب) : القلب من الاسورة ماكان قلدا واحدا ، ويقولون سوار قلب ، وقيل سوار المرأة ، والقلب الحية البيضاء على التشبيه بالقلب من الاسورة •

٢٤٧١ ـ وان كان المال الى أجل كان الذهب الذى غرم المرتهن رهنا مكانه.

٢٤٧٢ ـ ولو لم ينكسر ولكنه هلك فانه يذهب بما فيه عند ابى حنيفة .

٢٤٧٣ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يكون على المرتهن قيمته من الذهب ويكون رهنا مكانه ويرجع بما له .

٢٤٧٤ ـ وهذا قولهم فى الأصل .

٢٤٧٥ ـ وقال الكرخى فى المختصر الذى له :

اذا ارتهن الرجل دراهم بيضاء والرهن سوداء ووزن الدين والرهن سواء فهلك الرهن فهو بالدين .

٢٤٧٦ ـ وكذلك لو كان قلبا ووزنه عشرة يساوى للصنعة اثنى عشر .. أو يساوي تسعة وهو رهن بعشرة فان هلك فهو بجميع الدين ، وهو بما فيه .

٢٤٧٧ ـ وان انهشم القلب فى يد المرتهن من غير فعله او انكسرت الدراهم فان المرتهن لا يضمن شيئاً ، ويقال للراهن أد الدين كله وخذ الرهن ، وهو قول ابى حنيفة ، وهو قياس قول زفر ، رواه الحسن وابو يوسف .

وقال محمد فى الزيادات هو قياس قول ابى حنيفة ورواه ابن سماعة فى الأمالي ونوادره .

٢٤٧٨ ـ وقال أبو يوسف ومحمد : اذا كان الرهن مساويا للدين الذى هو رهن به فى الوزن أو فى الرهن فضل عن قيمته فهلك فهو بما فيه .

٢٤٧٩ ـ وهذا قولهم جميعا .

٢٤٨٠ ـ وان كان الفضل فى الوزن والرهن انقص قيمة ، وهما سواء فى الوزن فهلك فان أبا يوسف قال :

ان كان الرهن دراهم أو دنانير أو ماله مثل ضمن مثله للراهن ورجع بدينه .

٢٤٨١ ـ وكذلك قال محمد فى المصنوع وغيره .

٢٤٨٢ ـ فان رضى المرتهن ان يجعل ذلك الرهن قصاصا بالدين اذا كان يغرم مثله فذلك له .

٢٤٨٣ ـ قال الكرخي رحمه الله :

وهو عندى قول محمد ، ولا ينبغي ان يكون في الفصل خلاف •

٢٤٨٤ ـ وكذلك رهن المكيل بجنسه والموزون بجنسه •

٢٤٨٥ ـ وان كان الرهن فضة بفضة أو ذهبا بذهب فانكسر فى يد المرتهن من غير فعله ، وهو أكثر قيمة من الدين فهو فى قول ابى حنيفة على ما ذكرت لك ولا يلتفت الى الوزن الفاضل اذا كان الوزن سواء ، وانما يعتبرون[1] في الدين وزن الرهن ، فاذا كان سواء فالرهن على حاله •

٢٤٨٦ ـ وقال أبو يوسف ، اذا كان الفضل لصناعته والفضل سدس القيمة فانكسر فروى محمد عن ابى حنيفة ان خمسة اسداس القلب مضمون من الوزن والامانة وهو رواية محمد عن ابى يوسف •

٢٤٨٧ ـ وروى عنه بشر بن الوليد انه يضمن قيمة القلب كله ومثله فى كل المصوغ •

٢٤٨٨ ـ وفى كتاب الرهن عجب من المسائل وهو كتاب كبير وما فيه من الخلاف قد ذكرته ومسائل التفريع لا يمكن ذكرها اجمع •

فصل

٢٤٨٩ ـ وجناية الرهن على الراهن او على ماله هدر فى قولهم جميعا •

٢٤٩٠ ـ وان جنى على المرتهن فهو هدر عند ابى حنيفة •

٢٤٩١ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يجب الدفع او الفداء ، هذا اذا كانت قيمته والدين سواء •

٢٤٩٢ ـ وان كانت قيمته أكثر من الدين فان الجناية معتبرة فى قولهم جميعا •

فصل

٢٤٩٣ ـ ولو كان الرهن عبدا فجنى عليه عبد قيمته مائة فدفع به فهو رهن بألف [كذا] يجبر الراهن على فكاكه بذلك عند ابى حنيفة وابى يوسف •

٢٤٩٤ ـ وقال محمد الخيار الى المولى ان شاء سلمه بالدين وان شاء افتكه •

---

(١) كذا في النسختين •

٢٤٩٥ ـ وقال زفر سقط من الدين تسع مائة ويفتكه بمائه •

فصــــل

رهن المستعار

٢٤٩٦ ـ واذا استعار رجل من رجل ثوبا او عبداً أو ما شاه من الامـوال ليرهنه فذلك جائز ، وله ان يرهنه بما احب من الأموال او بما شاء من القدر قليلا كان او كثيرا •

٢٤٩٧ ـ واذا أطلق الرجل القول ولم يعين ففي هذه المسألة خلاف الشافعي في جواز ذلك في أحد قوليه •

فصــــل

٢٤٩٨ ـ رجل له على آخر مائة درهم فاعطاه رهنا وقال هذا رهن ببعـض مالك فالرهن فاسد في قول زفر ويهلك بالقيمة •

٢٤٩٩ ـ وقال أبو يوسف يهلك بما شاء المرتهن •

فصــــل

٢٥٠٠ ـ رجلان لهما على رجل دين فارتهنا منه رهنا[١] بينهما فقضاهما ثم قال أحد المرتهنين ان المال الذى لنا على فلان باطل والارض فى ايدينا تلجئه قال أبو يوسف يبطل الرهن •

٢٥٠١ ـ وقال محمد : لا يبطل الرهن ويبرأ من حصة صاحبه •

فصــــل

ما يجوز به الرهن من الديون والأعيان

٢٥٠٢ ـ ولا يجوز الرهن الا بدين صحيح او عين مضمونة ولا يجـوز بالامانات كالعوارى والمضاربة والشركة والودائع •

٢٥٠٣ ـ واذ قد ذكرنا بعض المسائل فى الرهن فوجب ان نذكر التفليس والحجر لانه اسقاط حق واثبات رجوع فى أمر فكان ذكره بعد الرهن اولـى بالتقديم على الحجر[٢] •

---

(١) في نسخة قليج : أرضا •

(٢) عبارة «على الحجر» لم ترد في نسخة قليج •

كتاب التفليس(١)

٢٥٠٤ ـ والمفلس بالثمن في حال حياته ، واذا مات مفلساً فوجد رجل عين ماله الذى باعه فهو اسوة الغرماء ، ولا يكون أحق به فى حال الحياة ولا بعد الموت •

٢٥٠٥ ـ وان أفلس المشترى قبل قبض السلعة من البائع فانها تباع له •

٢٥٠٦ ـ وقال الشافعي يرجع فى سلعته فى جميع الاحوال فى الحياة والموت مالم يزد فيها أو يخرج عن ملكه •

٢٥٠٧ ـ وقال مالك : يرجع فى الحياة دون الموت ، لأنه اسقط حقه عن الملك بالبيع ، وعن الحبس بالتسليم فلا يثبت له رجوع فيه كالمرتهن اذا رد الرهن وابطله وكما لو باعه او زاد فيه او نقص نقصا تعلق به حق الغير •

فصل

قاعدة التنفيذ جبراً على المدين المتمنع

٢٥٠٨ ـ واذا امتنع من عليه الدين من قضائه حبسه القاضي ، ويكلف ان يبيع ماله بنفسه وكان القياس ان لا يقضي عنه الدراهم فى الدنانير وهو مذهب ابن ابى ليلى •

٢٥٠٩ ـ وقال أبو يوسف ومحمد : يبيع القاضي عليه اذا امتنع •

٢٥١٠ ـ وهو قول الشافعى •

---

(١) جاء فى لسان العرب فىمادة فلس : الفلسمعروف والجمع فىالقلة أفلس ، وفلوس في الكثير •• وافلس الرجل صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم يفلس افلاسا ، صار مفلسا ، كأنما صارت دراهمه فلوسا زيوفا ، كما يقال : أخبث الرجل اذا صار أصحابه خبثاء ، واقطف صارت دابته قطوفا •

وفي الحديث : «من ادرك ماله عند رجل قد افلس فهو احق به » •

أفلس الرجل اذا لم يبق له مال ، يراد به انه صار الى حال يقال فيها ليس معه فلس ، كما يقال : أقهر الرجل صار الى حال يقهر عليها وأذل الرجل صار الى حال يذل فيها •

وقد فلسه الحاكم تفليسا : نادى عليه انه أفلس ••• وحب فلس لا نيل لبيه •

فصـــــل

البينة على الأعسار

٢٥١١ ـ ولا تسمع بينة باعساره قبل المدة فى رواية •

٢٥١٢ ـ وفى أخرى تسمع ، وقد مضت فى اول الكتاب •

لا يمين مع البينة على الأعسار

٢٥١٣ ـ ولا يمين عليه اذا أقام بينة بالاعسار •

وقال الشافعي يحلف مع ذلك •

الظفر[1] بجنس الحق

٢٥١٤ ـ وقالوا جميعا : لو وجد رجل جنس حقه عند غريمه فله أخذه بحقه[1] •

٢٥١٥ ـ وان كان غير جنسه لم يأخذه عندنا الا برضائه •

٢٥١٦ ـ وقال الشافعي له أخذه •

فصـــــل

قاعدة

٢٥١٧ ـ واتفق الفقهاء باسرهم انه اذا لم يجد ماله بعينه فانه اسوة الغرماء •

٢٥١٨ ـ وكذلك ان رجع اليه بملك جديد •

فصـــــل

٢٥١٩ ـ ولو باعه حائطاً ـ وهو البستان بلغة الحجاز ـ لا ثمرة فيه ، أو أرضا لا زرع فيها ثم أفلس المشترى ، وكان قد أثمر أو زرع ، فان كان النخل قد

---

(١) جاء في لسان العرب : الظفر بالفتح الفوز بالمطلوب والفلج على من خاصمت ، وقد ظفر به وعليه وظفره ظفرا مثل لحق به فهو ظفر ، واظفره الله به وعليه وظفره به تظفيرا ، ويقال ظفر الله فلانا على فلان ، وكذلك اظفره الله، ورجل مظفر وظفر وظفير : لايحاول أمرا الا ظفر به •

(١) أخذ القانون المدني العراقي بهذه القاعدة في المادة ٣٩١ •

أبر والارض قد زرعت كان له الخيار في الارض والنخل ، ويبقى الثمار الى الجذاذ[1] والزرع الى الحصاد اذا أراد الغرماء تأخير ذلك ، وان أراد الغرماء بيع الثمرة قبل الجذاذ والزرع قبل الحصاد فلهم ذلك .

٢٥٢٠ ـ وكذلك لو باع أمة فولدت ثم أفلس كانت له ان شاء والولد للغرماء وان كانت حبلى كانت له حبلى .

٢٥٢١ ـ واذا لم يؤبر حتى أفلس فلم يخبر (؟) البائع حتى ابرت كان له النخل دون الثمرة لانه لا يملك عين ماله الا بالفلس ولا خيار له ، وكذلك كل ما كان يخرج من ثمر النخل في الاكمام فتنشق كمائمه وما يشبهه ، فاذا انشق قبل النخل وان لم يؤبر .

فصل

٢٥٢٢ ـ ولو قال المالك : أخذت عين مالي قبل الايبار ، وقال المفلس بعده فالقول قوله مع يمينه ، وعلى البائع البينة . وان صدقه الغرماء لم اجعل لهم شيئاً لأنهم أقروا انه للبائع .

فصل

٢٥٢٣ـ وان صدقه المفلس وكذبه الغرماء فمن اجاز اقراره اجازه ومن لم يجزه ، لم يجزه واحلف الغرماء الذين يدفعونه ، وان وجد بعض ماله كان له بحصته ، ويضرب مع الغرماء في بقيته .

فصل

٢٥٢٤ ـ وقال : وان كانت أرضا فبنيت أو غرست خيرته بين ان يعطى مابنى وغرس وبين ان يسلم البناء والغرس للغرماء الا ان يشاء المفلس والغرماء ان يقلعوه ويضمنونه ما نقص القلع والنقص فيكون لهم ، وقال في موضع آخر ان لم يأخذه بالعمارة وابى الغرماء ان يقلعوه لم يكن له الا الثمن يحاص الغرماء به .

٢٥٢٥ ـ قال المزني والاول بقوله اشبه واولى .

وفي هذا الكتاب مسائل كثيرة واصوله ما ذكرت ، ولما كان المفلس تارة يقضي الدين وتارة يباع عليه ، وتارة يحجر عليه وجب ذكر الحجر .

---

(١) الجذ : القطع .

كتاب الحجر

٢٥٢٦ ـ الحجر في اللغة المنع وهو في الشرع منع مخصوص[١] •

أسباب الحجر

٢٥٢٧ ـ واسباب الحجر عند ابي حنيفة ثلاثة :

الجنون والصغر والرق الذى فيه معنى الحجر لكن لاجل حق المولى ، فما لا يتعلق به حق المولى فانه جائز التصرف فيه •

٢٥٢٨ ـ واختلف الفقهاء في الحجر لأجل الفساد والتبذير •

٢٥٢٩ ـ فذكر الطحاوى في باب الحجر على السفيه الذى في عقله نقصان وفي افعاله اسراف وتبذير وهو مضيع للمال لا يحفظه ولا يحـوطه ان القاضي يحجر عليه •

٢٥٣٠ ـ وانما قال أبو حنيفة لا يحجر حر في الدين أى لا يحجر على من حبسه القاضي للغرماء ، وروى عنه ابو يوسف ومحمد انه لا يحجر على حر بفساد ولا غيره ، وهذا قوله في الخلاف ، والذى رواه الخصاف انه قال الحجر باطل على الحر •

٢٥٣١ ـ واما ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي فيحجرون على السفيه •

---

(١) الحجر ساكن مصدر حجر عليه القاضي يحجر حجراً اذا منعه من التصرف في ماله ••• ومنه حجر القاضي على الصغير والسفيه •

حجر عليه يحجر حَجْراً وحُجْراً وحِجْراً وحُجراناً وحِجْراناً ، ولا حجر عنه أى لا دفع ولا منع •

والعرب تقول عند الامر تنكره •• حجرا له بالضم أى دفعا ، وهو استعارة من الامر (لسان العرب) •

وتعريف الحجر شرعابانه منع مخصوص هو أوجز تعريف للحجر• وقد فصل الكاكي في معراج الدراية في شرح الهداية هذا التعريف بعد ذلك بقوله أنـه «منع مخصوص ، وهو المنع من التصرف قولا لشخص معروف مخصوص ، وهو المستحق للحجر بأى سبب كان» (انظر في سائر التعريفات الفقهية كتاب الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الاسلامي والقانون المقارن للدكتور احمد علـي الخطيب بند ٤٢) •

من يحجر عليهم عند أبي حنيفة

٢٥٣٢ ـ وذكر ابو الليث السمرقندى فى خلاف اصحابنا له[1] ان ابا حنيفة كان لا يحجر على الحر الا على ثلاث :

على جهال المفتين •

وعلى المتطببة الجهال •

وعلى السفهاء المفاليس

٢٥٣٣ ـ واتفقت الرواية عنه ان الغلام اذا بلغ مفسداً انه لا يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة[1] •

٢٥٣٤ ـ وقالا والشافعي ومالك لا يدفع ، وانه ان باع بعد بلوغه واشترى أو وهب أو تصدق فهو جائز ما صنع ، وانه يحال بينه وبين ماله الى المدة التي ذكرت وان تصرفه مع هذا بالبيع جائز ويدفع اليه المال مع فساده بعد هـذه المـدة المضروبة ويكون اولى بماله من سائر الناس •

٢٥٣٥ ـ قال أرأيت لو بلغ ستين سنة او ثمانين سنة ، وله أولاد قد صاروا حكاما أكان ينبغي لابنه ان يحجر عليه ؟ هذا عندى قبيح :

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى لا يدفع اليه المال حتى يؤنس رشده •

٢٥٣٦ ـ وقالا : ما باعه واشتراه نظر القاضى فى ذلك فاجاز ماله فيه حظ وابطل مالاحظ له فيه الا فى اشياء منها انه يخرج من ولاية القاضى ولا يجـوز أمر الوصي عليه ويجوز عتقه ويسعى العبد فى قيمته ، وكذلك تدبيره ويسعى العبد المدبر بعد موته وتجوز وصيته بالحج وابواب البر واقراره بجميع الحدود وتجوز دعوته ولد جاريته وتصير أم ولد له ، وتسعى فى شىء بعد موته •

---

(١) الظاهر ان هذا اشارة الى مختلف الرواية المنسوب لابي الليث فان صح هذا فهذه أقدم اشارة الى نسبة هذا الكتاب لابي الليث •

(١) ان هذه السن هى سن البلوغ التى يدفع بها المال للصغير فى القانون الرومى أيضا ففى هذا الحد يتفق قول ابى حنيفة مع القانـون الرومي ويتفـق الشرع الاسلامى مع القانون الرومى فى نظام ايتاء الايتام أموالهم تجربة لهم قبل سن الرشد على وجه النظر وهذا هو النظام المسمى فى القانون الرومى بنظـــام « فينيا ايتاتيس » •

٢٥٣٧ ـ وان ادعى نسب مملوك له يولد مثله لمثله صحت دعوته وثبت نسبه ويسعى في قيمته وهو بمنزلة مريض وهب له ابنه وعليه دين له يسعى في قيمته ، ويدفع الى الغرماء .

٢٥٣٨ ـ ويجوز نكاحه وطلاقه ، وان حنث في يمين كفر بالصوم ، ولم يكن عليه ان يكفر في ماله ، وكذلك ان ظاهر فعليه الصوم وان اعتق عن ظهارة جاز العتق وسعى العبد ولم يجزه من كفارة الظهار ، وكذلك القتل .

٢٥٣٩ ـ ولا يمنع من حجة الاسلام وزكاة ماله ، وتدفع النفقة الى ثقة يحج فينفق عليه جميع ما يلزمه في كفارات الحج فهو فيها كالعبد الذى يحج بأذن مولاه .

٢٥٤٠ ـ والمرأة والرجل سواء الا في الخلع مع زوجها على مال فان الخلع جائز ولا يلزمها المال .

من بلغ مفسداً كان محجوراً لذاته

٢٥٤١ ـ وقال محمد :

اذا بلغ مفسدا غير مصلح فهو محجور عليه ، حجر القاضي أو لم يحجر . ولا يجوز تصرفه في ماله الا ما فيه توفر عليه .

من بلغ مفلساً لا يعد محجوراً لذاته

٢٥٤٢ وقال ابو يوسف والشافعي :

لا يكون محجورا عليه حتى يحجر القاضي ، فاذا طرى اصلاح فك الحجر واذا طرى الفساد حجر .

تصرف المحجور في ماله

٢٥٤٣ ـ واجمع القائلون بالحجر على انه الا يجوز تصرفه في ماله .

٢٥٤٤ ـ وقال محمد :

ان امره القاضي ببيع او شراء فقبل فهو جائز ، وكان أمر القاضي اخراجا له من الحجر .

٢٥٤٥ ـ وان اذن في شراء البر خاصة فهو اطلاق من الحجر .

٢٥٤٦ ـ ولو اذن بمحضر من أهل سوقه وقال :
ـ لا أقبل اقراره واقبل ما كان بمعاينة الشهود فهو كما قال •
٢٥٤٧ ـ وقالوا في الصبي المأذون والعبد لو قال الولي والمولى ذلك لم يصح ولزمهما ما أقر ، لأن المفسد يؤدن له على وجه النظر والتوفير عليه •

تكامل أهلية المرأة بالبلوغ

٢٥٤٨ ـ وقال أصحابنا : اذا بلغت الجارية رشيدة دفع اليها مالها وان لم تتزوج •
٢٥٤٩ ـ وهو قول الشافعي ، لان الله سوى بينها وبين الغلام •

خلاف مالك في أهلية المرأة

٢٥٥٠ ـ وقال مالك :
لا يدفع اليها حتى تتزوج •
٢٥٥١ ، ولو كان تزويجها شرطا في الدفع كان الغلام مثلها كالعقل والبلوغ •

مدة البلوغ

٢٥٥٢ ـ وقال أبو حنيفة :
مدة البلوغ في الغلام ثمان عشرة سنة وفي الجارية سبع عشرة سنة •
٢٥٥٣ ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي خمس عشرة فيهما •

إمارات البلوغ

٢٥٥٤ ـ ويكون البلوغ بالسن كما يكون بالحلم •
٢٥٥٥ ـ وقال داود لا يكون البلوغ الا بالحلم خاصة دون السن •
٢٥٥٦ ، والاتيان لا يدل على البلوغ عند ابي حنيفة ومحمد •
٢٥٥٧ ـ وروى عن ابي يوسف انه يدل على البلوغ وهو قول الشافعي •
٢٥٥٨ ـ وهل يكون بلوغا أو دلالة عليه ؟
فيه خلاف بينهم

الحجر بطرؤ السفة

٢٥٥٩ ـ واذا طرى السفه والتبذير على الحجر لم يحجر عليه ، وقال الشافعي يحجر ، وهو قولهما •

هل يحجر بطرؤ الفسق؟

٢٥٦٠ ـ واذا طرى الفسق على الرجل لم يحجر عليه •

٢٥٦١ ـ وقال الشافعي يحجر •

٢٥٦٢ ـ وكل ما كان من تصرف قبل ذلك فهو جائز ، وما كان بعد ذلك لم يجز •

٢٥٦٣ ـ والفساد الذى يستحق به الحجر [هو فعل] من كان مفسدا لماله لا يبالي ما صنع به •

حالة الفساد مع حفظ المال

٢٥٦٤ ـ وقال أصحابنا اذا كان فاسد الدين صاحب فجور حافظا لماله لم يستحق الحجر ، وقال الشافعي يحجر •

٢٥٦٥ ـ وقال محمد :

يحجر على من اسرف من الرجال في تضييع ماله في شرب النبيذ والملاهي والفجور •

فصل

إطلاق القاضي محجور قاض آخر

٢٥٦٦ ـ واذا حجر القاضي على رجل فاطلقه قاض آخر واجاز ما صنع كان اطلاقه جائزا ، وجاز ماصنع في ماله قبل الاطلاق وبعده من جميع تصرفه الا ما ابطله قاض قبل ذلك من عقوده فانه ينفذ قضاؤه •

٢٥٧٦ ـ وان لم يفعل القاضي ذلك واجاز اقرار المحجور عليه وضعه ثم رفع الى قاض آخر فانه ينفذ ما صنع الاول ويرد ما فعل الثاني •

٢٥٦٨ ـ وان باع المفسد وقبض الثمن لم يكن لمن دفع المال اليه ان يرجع عليه بماله ٠

٢٥٦٩ ـ والسفيه والمفسد سواء في الحجر عليهما ٠

٢٥٧٠ ـ وقال محمد لا يجوز ان يزوج ابنته واخته وهما صغيرتان فان فعل فهو باطل ، ولا أراه وليا[1] ٠

---

(١) هذه هي مسألة سقوط ولاية الولي على المولى عليه بالفسق ولم ينفرد بالقول بسقوطها محمد بن الحسن الشيباني وقد حكمت المحكمة الشرعية في الاعظمية في حكم حديث صادر في ٢٦ـ٤ـ١٩٧٠ بسقوط ولاية الاب على أولاده الصغار بثبوت فسقه بالاقرار وما اليه وجاء في قرار المحكمة المذكورة :

وبالرجوع الى أمهات المصادر الفقهية في المذهب الحنفي وغيره من المذاهب الاسلامية وجد انها تجمع على ان الفاسق لا حضانة له وقد جاء أولا [في] رد المحتار لشرح الدر المختار لأبن عابدين ج٢ ص ١٠٥١ (ثم العصبات في ترتيب الارث يتقدم الاب ثم الجد ثم الاخ الشقيق ٠٠٠ واذا اجتمعوا فالاورع ثم الاسن ٠٠٠ سوى فاسق) ثانيا ـ فتح القدير للكمال بن الهمام ج٣ ص ٣١٦ (ولو كانت المحارم من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبي أو صبية لفسقه ليس له حق الامساك) ٠

ثالثا ـ بدائع الصنائع للعلامة علاءالدين الكاساني ج٤ ص ١٤٣ ـ (اذا كان الصغير جارية ان تكون عصبتها ممن يؤتمن عليها فان كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانة لم يكن له فيها حق لان كفالته لها ضرر عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر ٠

رابعا ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج٣ ص ٥٠ (اذا كان لها عصبة مفسد فللقاضي ان ينظر في حالها) ٠

خامسا ـ شرح الاحكام الشرعية للابياني ج٢ ص ٧١ (واذا كان العاصب المسلم فاسقا يخشى على الولد منه او كان متصفا بوصف يوجب ضياع الولد وعدم القيام بشؤونه فلا حق له في الحضانة بل ينتقل الى من يليه من العصباب اذا كان والا فالى ذي رحم محرم) ٠ وقال ص ٧٠ (فان تساووا في الاصلحية قدم اورعهم وهو من يترك الشبهات خوفا من الوقوع في المحرمات (وهذه الكتب كلها من الفقه الحنفي ٠

سادسا ـ في الفقه الشافعي نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملي ج٧ ص٢١٨ (ولا حضانة لرقيق أو مجنون ٠٠ وفاسق لانها ولاية ٠ نعم يكفي مستورها كما قاله ولا يكلف اثبات العدالة ، اى حيث وقع النزاع بعد التسلم فان وقع قبله احتاج المدعي الى اثباتها ويحمل عليه افتاء المصنف) ٠

سابعا ـ المهذب للشيرازي ج٢ ص١٦٩ (ولاتثبت الحضانة لرقيق ... ولا تثبت لفاسق ، لانه لا يوفي الحضانة حقها ولأن الحضانة انما جعلت لحظ الولد ، ولاحظ للولد في حضانة الفاسق ، لانه ينشأ على طريقته) .

ثامنا ـ في الفقه المالكي المدونة لابن رشد ج٢ ص٢٥٩ (فصل وانما اختلف الناس في الاولى من الاولياء اذ اختلفوا في كفالته وتنازعوا في ذلك والاولياء الذين لهم الحضانة عصبته من الرجال وقرابته من النساء الخ .. فصل وهي اعني الحضانة مرتبة فيه بحسب الحنان والرفق لا يراعي في ذلك قوة الولاية كالنكاح ... الخ) .

تاسعا ـ شرح الخرشي على مختصر خليل ج٤ ص٢١١ (وشرط الحاضن ... والامانة يعني ان الحاضن من حيث هو ولو كان ابا أو أما يشترط فيه ان يكون مأمونا في نفسه فرب أب شريب يذهب يشرب ويترك ابنته ... فيأخذها منه الأبعد يقصد الولي الأبعد .

عاشرا ـ القوانين الفقهية لابن جزى ج١ ص٢٢٤ ط فاس (اذا استوطن الوالد أو غيره من أولياء الصبي بلدا غير بلد الام فله حضانة أولاده دونها ، ونقلهم معه ان كان مأمونا عليهم .

حادي عشر ـ في الفقه الحنبلي منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي ج ٢ ، ص ٣٧٨ (ولا حضانة لمن فيه رق ولا لفاسق ولا كافر على مسلم .. الخ) .

ثاني عشر ـ المحرر في الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل لابي البركات ج ١ ص ٣٤٦ (والولاية ... قبل ذلك للاب مالم يعلم فسقه ثم لوصيه بهذا الشرط ثم للمحاكم) .

ثالث عشر ـ المغني لابن قدامه ج١١ ص٥٢١ (لاحضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم ... والحضانة انما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه) .

رابع عشر ـ كشاف القناع ج٢ ص٢٢٣ (او كان الاب موجودا أو فقد شيء من الصفات المعتبرة فيه تثبت الولاية عليها الحاكم) .

خامس عشر ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي ج٢ ص٥٢٨ .. (وشرط الحاضن ... والامانة أي امانة الحاضن ولو أبا أو أما في الدين فلا حضانة لفاسق كشريب ومشتهر بزنا ولهو محرم ... الخ) .

سادس عشر ـ أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة للاستاذ أحمد ابراهيم ص ٥٣ قال : (اذا كان الاب مقامرا أو سكيرا مدمنا ... وجب أن يحال بينه وبين النظر في شؤون أولاده نفسا ، ويجب في هذه الحالة على الامة كلها وجوبا كفائيا بحكم الحسبة عمل ما فيه الخير لهؤلاء الضعفاء ومنعا للفوضى ...

ولا معنى للمجاملة ولو كان الاب من ذوى الجاه ومن البارزين واولى المراكز العظيمة في الهيئة الاجتماعية ، ولتعمل هنا الشجاعة الادبية عملها كاملا وفق المصلحة وما يقضي به التضامن والتعاون على البر والتقوى وبعد فقد قال الله تعالى وهو خير القائلين (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا) ١٠هـ ص٥٤ في الحاشية .

سابع عشر في الفقه الامامي ـ كتاب مفاتيح الشرائع لملا محسن الفيض الكاشاني (مخطوط) ويشترط فيهما ـ الحاضنين ـ الحرية والاسلام والعقل اجماعا ... والامانة أى عدم ظهور الفسق (لعدم أهلية الفاسق للحضانة) الخ .

ثامن عشر ـ الجواهر ـ للشيخ محمد حسن النجفي ص ٢٨٥ طبعة سنة ١٣٢٥ ـ (باعتبار ان الفاسق لاولاية له ولا يؤتمن ان يخون في حفظه فلا حظ له في حضانته) الى آخر ما نقل من خلاف في هذه المسألة .

تاسع عشر ـ في الفقه الظاهري المحلي لابن حزم ج ١٠ ص ٣٢٣ ـ ٣٢٤ط المنيرية (واما تقديم الدين فلقوله عز وجل (وتعانوا على البر والتقوى ولا تتعاونوا على الاثم والعدوان) وقوله تعالى (كونوا قوامين بالقسط) وقوله تعالى (وذروا ظاهر الاثم وباطنه) فمن ترك الصغير والصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر ويتمرنان على جحد نبوة رسول الله (ص) وعلى ترك الصلاة والاكل في رمضان وشرب الخمر والانس اليها حتى يسهل عليهما شرائع الكفر او صحبة من لاخير فيه والانهماك على البلاء فقد تعاون على الاثم والعدوان ولم يعاون على البر والتقوى ولم يقم بالقسط ولاترك ظاهر الاثم وباطنه وهذا حرام ومعصية ، ومن أزالهما عن المكان الذى فيه ما ذكرنا الى حيث يدربان على الصلاة والصوم وتعلم القرآن وشرائع الاسلام والمعرفة بنبوة رسول الله والتنفير عن الخمر والفواحش فقد عاون على البر والتقوى ولم يعاون على الاثم والعدوان وترك ظاهر الاثم وباطنه وأدى الفرض في ذلك) ...

عشرون ـ في الفقه الزيدى ـ البحر الزخار جـ٣ ص ٢٨٥ حق الحضانة ثابت اجماعا ... ويبطل حق مستحقه بالجنون اذ لا يحفظ ، والرق اذ لاولاية لها على نفسها وبأى فسق ، اذ لا أمانة ولئلا تتغير الطباع ١هـ .

حادى وعشرون ـ في رأى المعاصرين ـ الاحوال الشخصية للعلامة الجليل الشيخ محمد أبى زهره ص ٤٩٠ (فان لم يكن عصبة صالح دفع القاضي القاصر ومن في حكمه الى من يحافظ عليه ، ولا فرق في هذه الاحكام بين الاب والجد وغيرهما من العصبات ، لان شرط الامانة و لصلاح والقدرة على الحفظ والصيانة شرط عام ينطبق على الاب والجد كما ينطبق على غيرهما) .. ثم قال : (فاذا كان الفقهاء يقرون ان الاب ينزع منه مال ولده اذا كان مبذرا متلفا يخشى منه على مال ولده فأولى من ذلك اذ أدى فساده الى ان يخشى منه على الولد نفسه فانه منه ، ويعطى لمن يليه من العصبات) .

باب اختلاف المحجور عليه ومن عامله

٢٥٧١ ـ واذا طرى الفساد وكان قد باع واشترى فاختلفا هو والمشترى ، فقال المشترى اشتريت قبل الحجر ، وقال المحجور عليه بل بعد الحجـر على ، فالقول قول المحجور عليه(١) •

٢٥٧٢ ـ وان أقاما بينة فالبينة المشرى لانه يدعى الصحة •

٢٥٧٣ ـ وان اختلفا بعد الاطلاق من الحجر ، فقال المشترى اشتريت بعد الاطلاق وقال الآخر بل وانا محجور على ، فالقول قول المشترى ههنا اعتبارا بحالة الاطلاق •

٢٥٧٤ ـ وان اقاما بينة ، فمنهم من قال بينة المشترى اولى ، ومنهم من قال بالعكس ، وفي هذه المسألة نظر •

وسنذكر في الاقرار ما يشبه هذا ان شاء الله •

فصـــل

الإشهاد على الحجر

٢٥٧٥ ـ واذا حجر الامام لسفه او فساد اشهد عليه بذلك وبين الوقت ان حجـر •

ثاني وعشرون ـ الاحوال الشخصية للدكتور عبدالعـزيز عامر ص ٢٨٤ (وانه نص في كتب الفقه في باب الحضانة والولايـة على انه اذا تعـارض حـق الصغير من وجوب المحافظة عليه ودفع الضرر عنه ، مع حق أبيه في ضمه اليه ، وجب على القاضي بما له من الولاية العامة وبما له من حق الاشراف على أصحاب الولاية الخاصة • وحق النظر في أمور الكافة • رعاية حق الصغير بقدر ما يستطيع ولو ترتب على ذلك سقوط حق أبيه رعاية لارجح المصلحتين اذ ان حق الصغير في باب الحضانة مقدم شرعا على حق أبيه ولذلـك نص الفقهاء عـلى ضرورة سـلب ولايـة الاب عن الصغير في النفس والمال اذا كان في بقائها ضياع لنفسـه أو ماله • واذا كان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم ينص على هذا الحكم صراحة فانمـا تركه لاحكام الشريعة الاسلامية بمقتضى أحكام الفقرة الثانية من المادة الاولى منه وهذه هي أحكام الشريعة كما بسطناها أعلاه •

(١) لأن الاصل في تصرفات البالغ وعقود الصحة قبل الحجر عليـه ويرتفع هذا الاصل بحكم القاضي بالحجر عليه •

فصـــل

طلب الحجر حسبة[1]

٢٥٧٦ ـ واذا احضر معه رجلا فذكر أنه يحتسب فيما يتكلم به ، فـذكر للقاضي[1] انه الذى احضره سفيه مضيع لماله مفسد له غير مأمون عليه ، ســأله البينة العادلة على ما قال .

٢٥٧٧ ـ فان أقام بينة حجر عندهما ، وعند الشافعي ، ولا يحجر عند ابي حنيفة الا ان يكون صغيرا .

سقوط الحجر بالبلوغ

٢٥٧٨ـ والبلوغ يسقط الحجر بنفسه .

قاعدة ما ينبغي ذكره في حكم الحجر

٢٥٧٩ ـ واذا حجر ذكر فى الكتاب صفة الرجل وانه مضيع مفسد .

ما يكتب في كتاب التولية على مال الصغير

٢٥٨٠ـ واذا ولى امينا من امنائه مال اليم ، والقيامبه كتب : اني وليتـه الى حين بلوغه وايناس رشده .

ما يكتب في حكم الحجر بالدين

٢٥٨١، واذا كان الحجر بسب دين لرجل او ديون بـين ذلك في كتاب الحجر[1] .

---

(١) ان المحاكم المختصة بالحجر على السفيه فى العراق هي المحاكم الشرعية بالنظر لما جاء في الفقرة (٤) من المادة ٣٠٠ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وقد جعلت المادة (٣٠٧) من هذا القانون « للقاضى ايقاع الحجر متى توافرت أسبابه دون خصومة أحد » . واوجبت الفقرة الثامنة منها « على القاضى » حين ينظر فى قضية حجر لسفه « استدعاء المطلوب حجره » « وسماع أقوالـه ودفوعه فيما يتعلق بحجره » .

(٢) يمكن تخريج هذا بالنسبة لقانون المرافعات على ما تقرر فـى هـذا القانون من وجوب بسبب الاحكام (م ١٥٩) .

فصـــل

٢٥٨٢ ـ واذا باع المحجور عليه ماله لمن حجر عليه جاز ، وانما لا يجـوز مع غيره لان الحق له عليه فهو كما لو قضاه اجزت ذلك وفككت الحجر .

مشاركة الغرماء من استوفى منهم شيئاً

٢٥٨٣ ـ وان قضى بعض الغرماء شيئا شاركه من بقى ، ولم يسلم له ذلك[1]

استهلاك المحجور عليه مالاً لغيره

٢٥٨٤ ـ ولو استهلك لغيره مالا بمعاينة الشهود لزمه وشارك الغرماء .

فصـــل

إلزام المحجور بالاقتصاد

٢٥٨٥ـ ولا يمكن ان يسرف في المأكول والملبوس بعد الحجر ولا في الحبس وانما يجوز من ذلك ما فيه اقتصاد .

فصـــل

مهر من تزوجها محبوس بالدين

٢٥٨٦ـ واذا تزوج امرأة في الحبس فزاد على مهر مثلها كان لها ان تخاصم الغرماء بمقدار مهر ملثها ، وما زاد يلزمه فيما استفاد من المال ، ولا يلزمه فيما بين يديه .

فصـــل

٢٥٨٧ ـ وكذلك لو اشترى جارية لم يجز الا ما فيه الحظ والتوفير عليه .

---

(١) يمكن ان يخرج على أساس من هذا حكم الفقرة (٢) من المادة ٢٧١م٠ع

المحجور عليه كالمريض

٢٥٨٨ـ وهو كالمريض في امره وفعله •

فصــــل

الحجر على المدين المختفي

٢٥٨٩، واذا اختفى المطلوب فقال الطالب :
اخاف ان يلجا ماله فاحجر ايها القاضي عليه حجر ان كان المال ثابتا •
وان كان غير ثابت لم يحجر •

فصــــل

إقرار المحجور عليه بدين

٢٥٩٠ـ واذا أقر بدين بعد الحجر لم يقبل الا ببينة تشهد انه كان عليه قبل الحجر[1]•

فاذا قضى الاول قضى بعد ذلك الثاني •

٢٥٩١ ـ ويجوز اقراره فيما يستفيد من المال[2] •

٢٥٩٢، ولا يجوز في المال الذى حجر عليه الغرماء •

٢٥٩٣ ـ وفي هذا الكتاب كل غريب من المسائل وهو كتاب كبير لا تستقيم فيه الفروع على قول من اجاز الحجر لاختلاف فروعه عليه واضطراب المسائل ، وقد ذكرت ما فيه كفاية وضبطت له الاصول ، والله ولي التوفيق •

---

(١) بهذا ايضا المادة ٢٧٤ م٠ع ٠

(٢) يفهم من هذا ان الحجر في المذاهب الحنفي لايسرى الا علـى أمـوال المحجور القائمة عند الحجر عليه دون مايستفيده في المستقبل ، وهذا أيضا هـو المعنى المستفاد من المادة (٢٧٠ م٠ع) ٠ وقد ذهب الى مثل منهب الحنفية المالكية وظاهر منهب الزيدية واحد قولي الشافعية وذهب الى تعدي اثر الحجر الى أموال المحجور الحادثة بعد الحجر فقهاء آخرون وهذا هو مذهب الحنابلة وجمهور فقهاء الجعفرية وظاهر مذهب الاباظية والقول الراجح في منهب الشافعي (انظر تفصيل هذه المذاهب في كتاب الحجر على المدين لحـق الغرماء للدكتور أحمد على الخطيب بند ٢٨٩ وما بعــده) ٠

كتاب الضمان والكفالة(١)

تعريف

٢٥٩٤ـ والضمان ضم ذمة الى ذمة •

٢٥٩٥ـ والكفالة مثل ذلك •

٢٥٩٦ ـ ولا فرق بين الكفالة والضمان والحمالة والقبالة(٢) •

---

(١) جاء في لسان العرب فى مادة ضمن : الضمين الكفيل ، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به ، وضمنه اياه كفّله ، ابن الاعرابي : فلان ضامن وضمين وسامن وسمين وناضر ونضير وكافل وكفيل ، يقال ضمنت الشيء أضمنه ضمانا فأنا ضامن اوهو مضمون وجاء في مادة كفل ان الكفل الحظ والضعف من الاجر والاثم وعم به بعضهم والنصيب والكافل العائل كفله يكفله ، وكفّله اياه ، وفي القرآن العزيز وكفلها زكريا ، وقد قرئت بالتثقيل ونصب زكريا • وذكر الاخفس انه قرىء وكفيلها زكريا بكسر الفاء •• والكافل القائم بأمر اليتيم المربى له ، وهو من الكفيل الضمين •• ومنه حديث « الراب كافل » الراب زوج أم اليتيم لانه يكفل تربيته ويقوم بأمره مع أمه ••• والكافل والكفيل الضامن والانثى كفيل أيضا وجمع الكافل كفل وجمع الكفيل كفلاء • وقالوا قال للجمع كفيل كما قيل في الجمع صديق ••• وكفل المال بالمال ضمنه ، وكفل بالرجل يكفل كفلا وكفولا وكفالة وكفل وتكفل به كله ضمنه واكفله اياه وكفله اياه وكفله ضمنه ، وكفلت عنه بالمال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا •• وجعل الاعرابي : كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد ، التهذيب ، واما الكافل فهو الذى كفل انسانا يعوله ، وينفق عليه ، وفي الحديث الربيب كافل وهو زوج ام اليتيم كأنه كفل وفقه اليتيم والمكافل المجاور المحالف وهو أيضا المعاقد المعاهد •

(٢) جاء فى لسان العرب فى مادة (حمل) ان الحمالة بالفتح الدية والغرامة التي يحملها قوم عن قوم ، وقد تطرح منها الهاء ، وتحمّل الحمالة أي حملها ، الاصمعى : الحمالة الغرم تحمله عن القوم ونحو ذلك •

قال الليث : ويقال أيضا حمال ••• ورجل حمال يحمل الكل عن الناس ، الازهري : الحمل : الكفيل ، وفى الحديث (الحميل غارم) هو الكفيل ، اى الكفيل ضامن ، وفي حديث ابن عمر ، كان لا يرى بأسا بالسّلم بالحميل أى الكفيل •

وفى مادة (قبل) قبلت بفلان قبالة فأنا قبيل أى كفيل ••• والقبيل الكفيل والعريف ، وقد قبل به يقبل ويقبل قبالة كفله ، ونحن في قبالته أى في عرافته • ويقال : قبّلت العامل تقبيلا ، والاسم القبالة ، وتقبل العامل تقبلا ، وفي حديث

٢٥٩٧ـ وهو عقد يفتقر الى ايجاب وقبول ورضى المضمون له شرط في صحة الضمان عند ابي حنيفة ومحمد •

٢٥٩٨ـ وقال ابو يوسف والشافعي ليس بشرط •

٢٥٩٩ ـ ويصح ضمان النفس ، كما يصح ضمان المال •

٢٦٠٠ـ وقد ابطل الشافعي الكفالة بالنفس •

ألفاظ الكفالة

٢٦٠١ـ ولا فرق عندنا بين ان يقول :

كفلت لك بنفس فلان او روحه أو جسمه او جسده او رأسه أو جزء منه شائع في صحة الكفالة •

٢٦٠٢ ـ وكل عضو لو اضاف اليه الطلاق او جزء وقع ، فالكفالة اذا اضافها اليه تصح وتكون الكفالة باحضاره الى الحاكم •

فصل

مكان التسليم

٢٦٠٣ـ وذا كفل بنفس رجل على ان يسلمه في مصره ، او كفل في المصر ولم يشرط ، فسلمه اليه فى مفازة لا يبرأ فى قولهم جميعا •

٢٦٠٤ ـ وان سلمه فى مصر آخر له سلطان غير مصره برىء منه عند ابي حنيفة ، وعند ابي يوسف ومحمد لايبرأ حتى يدفعه في المصر الذى كفل فيه •

ابن عباس : (اياكم والقبالات فانها صغار ، وفضلها ربا) هو ان يتقبل بخراج أو جباية أكثر مما اعطي فذلك الفضل ربا •• والقبالة بالفتح الكفالة ، وهي في الاصل مصدر قبل اذا كفل وقبل بالضم اذا صار قبيلا أي كفيلا وتقبّل به تكفل كفبل ، وقال قبّلت العامل تقبلا وهذا نادر والاسم القبالة • وتقبله العامل تقبيلا نادر أيضا •

فصـــــل

المبادرة بكفالة النفس

٢٦٠٥- وان كفل بنفس رجل ولم يخاطبه أحـــد فانه لايجوز عند ابي حنيفة ومحمد .

٢٦٠٦- ويجوز في قول ابي يوسف الاخير لان ذلك شطر العقد .

توقف الكفالة بالنفس على إجازة الطالب

٢٦٠٧ ـ وان خاطبه انسان اجنبي فهــو جائز اذا اجازه الطالب لانه عقــد موقوف تام فوقف على الاجازة .

٢٦٠٨- فان خاطبه المطلوب وهو صحيح لا يجوز في قـــول ابي حنيفة ومحمد ايضاً .

٢٦٠٩ ـ ولو كان المطلوب مريضا فقال لورثته اكفلوا عني فلقياس ان لا يجوز عندهما أيضا ، والاستحسان ان يجوز .

٢٦١٠ ـ خلاف ابي يوسف والشافعي في الفصلين .

فصـــــل

٢٦١١- ولو قال المريض لاجنبي اكفل عني فتكفل فمن اصحابنا من قـــال هو مثل الورثة .

٢٦١٢- وقال بعضهم لايجوز وهو خلاف الورثة .

٢٦١٣-وعند ابي يوسف في قوله الاخير هذا جائز وهو قول الشافعي .

فصـــــل

الكفالة البدلية[1]

٢٦١٤- ولو تكفل بنفس المطلوب على انه ان لم يسلمه الى الطالب غــدا

(١) وازن هذا بالالتزام البدلي من القانون المدني العراقي م ٣٠٢ .

او في وقت وقته فعليه نفس فلان آخر فالكفالة الاولى جائزة بالاتفاق ، وكفالة الثاني جائزة عند ابي حنيفة وقول ابي يوسف الاخير ولا تجوز في قوله الاول وهو قول محمد •

فصل

التكفل بمال إن لم يحضر المكفول

٢٦١٥ ـ ولو أنه قال :
ان لم اسلمه غدا فمالك عليه عليّ فهو جائز في قولهم جميعا •
٢٦١٦ـ فان احضره في الوقت لم يلزمه ضمان المال ، وان لم يحضره لزمه المال وبطلت كفالة النفس عندهم جميعا •

فصل

٢٦١٧ـ ولو قال له: ان لم أوافك به غدا فمالك على فلان انسان آخر فعلى أو فلك علي ألف درهم فهو على الخلاف المتقدم ، لان الكفالة يجوز تعليقها بالشرط كالطلاق •

خلاف الشافعي •
٢٦١٨ـ وتصح في المجهول وبالمجهول

٢٦١٩ـ خلاف الشافعي • لقوله عليه السلام الزعيم غارم •
وقال « وانا به زعيم »
والغرم اللزوم في اللغة

فصل

٢٦٢٠ ـ وقالوا لو قال له : ان لم أوافك به غدا فما لفلان على فلان علي او لي لازم فالكفالة الاولى جائزة والثانية باطلة في قولهم جميعا •

فصـــل

٢٦٢١ ـ واذا كفل العبد بمال عن سيده بغير اذنه لم يجز واذا كان بأذنه فان اعتق المولى العبد فادى المال الى الطالب لم يرجع على المولى عند علمائنا الثلاثة وقال زفر يرجع •

فصـــل

٢٦٢٢ـ ولو كان على العبد دين فكفل به باذنه المولى لم يجز ، فان اعتقه المولى في مرضه ثم مات لم تجز الكفالة عند ابي حنيفة مالم يؤد السعاية •

٢٦٢٣ـ وفي قولهما صحت الكفالة بالموت ، لان الحر ما دام يسعى فهو كالعبد عنده •

فصـــل

٢٦٢٤ـ واذا تكفل عن ميت بدين ، فان كان له وفاء صحت الكفالة باتفاق وكذلك ان كان له ضامن ، وان كان لم يخلف وفاء ولا ضمينا فالكفالة باطلةعند ابي حنيفة لانه دين سقطت المطالبة به على التأبيد فلم تجز الكفالة به كما لو ابرأ منه •

٢٦٢٥ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي تجوز الكفالة لما روى في خبر أبي قتادة انه قال للنبي عليه السلام في الميت الذى قدم ليصلى عليه فامتنع لاجل الدين فقال أبو قتادة : هما على دين وانت منهما بريء فصلى عليه وقياسا على دين الحي فأنه يصح ابراؤه منه •

فصـــل

٢٦٢٦ـ واذا اقترض النصراني من النصراني خمرا وكفل نصراني بهما فاسلم الطالب بريء الكفيل والمطلوب باتفاق •

٢٦٢٧ـ واذا أسلم المطلوب برىء الكفيل والمطلوب في قول ابي حنيفة وابي يوسف •

٢٦٢٨ـ وقال محمد : الطالب بالخيار ان شاء اخذ من الكفيل الخمر وان شاء أخذ من المطلوب القيمة ، فان أخذ من الكفيل يرجع على المطلوب بالقيمة •
وهذه رواية علقمة بن مرثد [١] بن يزيد عن أبي حنيفة •

٢٦٢٩ ـ ولو اسلم الكفيل فان في قول ابي حنيفة وابي يوسف لاشيء على الكفيل ويرجع الطالب على المطلوب بالخمر •

٢٦٣٠ـ وعند محمد الطالب بالخيار ان شاء أخذ من الكفيل القيمة وان شاء أخذ من المطلوب الخمر ، فان أخذ من الكفيل لم يرجع على المطلوب بشيء يعني الكفيل •

فصل

٢٦٣١ـ ولو لم يكن قرضا ، ولكن كان ثمن مبيع وبه كفيل فاسلم البائع أو المشترى بطل البيع وسقطت الخمرة عن الكفيل في قولهم جميعا •

٢٦٣٢ـ وان أسلم الكفيل فهو على الخلاف •

٢٦٣٣ـ وعند الشافعي البيع باطل والقرض ولا يصح الضمان بناء على أصله ان الخمر ليست بمال فى حق أحد ، وحكم الذمى والمسلم فى ذلك سواء •

فصل

٢٦٣٤ـ واذا ابرأ الكفيل برىء ولا يرجع على المكفول بشيء يعني الكفيل•
ولو قال الطالب برئت الى برىء الكفيل ويرجع الكفيل على المطلوب في هذين الفصلين باتفاق •

---

(١) **علقمة بن مرثد** ـ بمثلثه ـ الحضرمي **أبو الحارث الكوفى ، روى عن سعد بن عبينة وزر بن** حبيش وطارق بن شهاب **والمستورد بن الاحنف وسلمان بن** بريده وعبدالرحمن بن سابط والقاسم بن مخيمرة **وأبى جعفر محمد بن علي ومقاتل** ابن حيان وغيرهم • وعنه شعبة والثورى ومسعر والمسعودى وابو حنيفة وغيرهم • وروى له الستة • وثقة غير واحد ومات فى ولاية القسرى على العراق (تهذيب التهذيب) •

فصل

٢٦٣٥ـ ولو قال : برئت ، ولم يقل الى فان في قول ابي يوسف يرجع على المطلوب ، وهو بمنزلة قوله برئت الى •
وقال محمد لايرجع ، وهو مثل قوله ابرأتك•

فصل

٢٦٣٦ ـ ولو ان رجلا مات وعليه دين فابرأ الطالب الميت فقبل الورثة جاز ، وان رد الورثة فالدين على حاله في قول ابي يوسف •
٢٦٣٧ـ وفي قول محمد وقعت البراءة وسقط الدين •

فصل

قاعدة من يصح منه الضمان

٢٦٣٨ـ ويصح الضمان من كل جائز التصرف في ماله باتفاق •
٢٦٣٩ ـ فأما المحجور عليه لسفه فلا يصح ضمانه عند من يرى الحجر جائزا ، ويصح عند من ابطله •
٢٦٤٠ـ ولا يصح ضمان صبي ولا مجنون لانه ايجاب مال بعقد فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع •

فصل

ضمان من حجر عليه لأجل الفلس

٢٦٤١ـ واتفق الجميع على أن من حجر عليه لاجل الفلس ان ضمانه يصح لانه ايجاب مال فى الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بمال فى الذمة •

فصل

ضمان العبد بغير إذن

٢٦٤٢ـ واختلف في العبد اذا ضمن بغير اذن المولى فمنهم من قال يصح

ضمانه ويتبع به اذا اعتق لانه لا ضرر فيه على المولى ، لانه يطالب به بعد العتق •

٢٦٤٣ ـ ومنهم من قال لايصح لان عقد يتضمن ايجاب مال فلم يصح بغير اذن كالنكاح ، وهذا قولنا •

فصل

٢٦٤٤ـ واذا ضمن باذن المولى صح ضمانه لان الحجر لحقه فزال باذنه •

٢٦٤٥ ـ واختلف فيه من أين يقضي فقالوا : ان قال اقض من كسبك قضاه من الكسب •

٢٦٤٦ـ وان قال مما في يديك من مالى قضى من ذلك •

٢٦٤٧ـ وان لم يذكر القضاء فمنهم من قال يتبع به اذا اعتق لانه اذن في الضمان دون الاداء[١] •

٢٦٤٨ ـ ومنهم من قال يقضي من كسبه ان كان له كسب ، أو من الذى في يديه ان كان في يديه مال ، ويتعلق عندنا برقبته •

فصل

ضمان المكاتب

٢٦٤٩ـ واختلف في ضمان المكاتب •

فقال أصحابنا :

لايصح بغير دين المكاتبة لانه تبرع ، وان كان اذن له مولاه •

٢٦٥٠ـ وقال الشافعي في المكاتب وتبرعه باذن المولى على قولين ثم بناء [ذلك][٢] على ذلك في الصحة والفساد •

---

(١) هذا مثال التفرقة الفقه الاسلامي بين عنصرين في الالتزام بين المديونية (الضمان) وبين المسؤولية (الاداء) والى مثل هذه التفرقة يذهب الفقه الالماني •

(١) من نسخة قليج •

فصـــل

معرفة المضمون عنه أوله

٢٦٥١ـ واختلف في معرفة المضمون عنه والمضمون له من لم يعتبر الرضا، فمنهم من شرط ذلك ، ومنهم من لم يشـــترطه •

فصـــل

٢٦٥٢ـ وان باعه بشرط أن يضمن له الثمن ضامن لم يجز حتى يعـــين الضامن ، لان الغرض يختلف باختلاف من يضمن فهو كالرهن •

فصـــل

٢٦٥٣ ـ وان عين الضامن فالقياس ان يبطل البيع والاستحسان أن يصح •

٢٦٥٤ـ وكذلك قالوا اذا شرط رهن لانه ليس من مقتضى عقد البيـــع ، والاستحسان انه وثيقة بالثمن وصفة فيه فهو كالاجـل •

فصـــل

ما يصح الضمان به من الديون

٢٦٥٥ـ ويصح الضمان بكل دين لازم كالثمن والاجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية واغرامة المتلف •

وكل دين جاز أخذ الرهن به جاز ضمانه لانه وثيقة يستوفى منها الحق •

٢٦٥٦ـ واختلف في دين الكتابة فقال اصحابنا يصح الرهن به وضـمانه من أحد المكاتبين ولا يضمنه حر عنه •

٢٦٥٧ـ وقال الشافعي لايصح لانه لايلزمه اداؤه عنده •

٢٦٥٨ ـ وعندنا ليس له أن يعجز نفسه •

فصـــل
ضمان المجهول

٢٦٥٩- يصح ضمان المجهول لانه اثبات مال في الذمة فهو كالاقرار •

٢٦٦٠- وقال الشافعي لايصح كالثمن في البيـع •

٢٦٦١- واختلف اصحابنا في ضمان ابل الدية فمنهم من قال لايصح لانه مجهول اللون والصفـة •

ومنهم من قال يصح لانه معلوم السن والعدد ، ويرجع في اللون والصفـة الى عرف البلـد •

فصـــل
ضمان ما لم يجب

٢٦٦٢- ويصح ضمان مالم يجب كقوله :
ماداينت به فلانا فعلي ضمانه لانه عند المطالبة معلوم فهو كضمان الـدرك •

٢٦٦٣- وقال الشافعي لايصح ضمانه مالم يجب •

فصـــل
ضمان الدرك[1]

٢٦٦٤- واختلف اصحابه في ضمان الدرك ، وفيه اجماع سابق لمن ارتكب ذلـك •

٢٦٦٥- وقد قال الجميع انه لو قال لرجل :
الق متاعك فن البحر وعلى ضمانة أنه يصح •

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة (درك) :
الدَرَك اللحاق وقد أدركه ••• الليث : الدَرَك ادراك الحاجة ومطلبه ، يقال بكّر ففيه دَرَك ، والدَرَك ، اللَحَق من التبعة ، ومنه ضمان الدرك في عهدة البيع ، والدرك اسم من الادراك مثل اللَحَق ••• والدركة التبعة يسكن ويحرك ، يقال : مالحقك من درك فعلي خلاصُه •

فصـــــل

تعليق الضمان على شرط

٢٦٦٦ـ ويجوز تعليقه على شرط لانه يصح مع الجهالة ، ويجوز تعليقه بخطر[١] وغرر فهو كالطلاق والعتاق .

٢٦٦٧ـ وقال الشافعي : لايصح لانه اثبات مال لآدمي كالثمن .

فصـــــل

الضمان المؤجل

٢٦٦٨ـ ويجوز الضمان حالا ومؤجلا على حسب مايشـــترط .

٢٦٦٩ـ وقال الشافعي : يجوز ضمان الحال الى أجل لانه رفق ومعروف.

٢٦٧٠ـ وعندنا انه لايجوز تأجيل الدين الحال وان كان رفقا ومعروفا .

٢٦٧١ـ واختلف اصحابنا هل يجوز أن يضمن المؤجل حالا ؟

فمنهم من أجاز كما يضمن الحال مؤجلا ومنهم من قال لايجوز لانه فرع لما على المضمون عنه فلا يجوز أن يكون الفرع معجلا والاصل مؤجلا وبـــــذا يبطل[٢] اذا كان حالا وضمن مؤجلا ، فان الفرع بخلاف الاصل .

فصـــــل

شرط الخيار في الضمان

٢٦٧٢ـ ويجوز شرط الخيار في الضمان عندنا .

٢٦٧٣ـ وقال الشافعي لايصح لانه عقد فهو كالبيع ولا يبطل بالشـــروط الفاســـدة ، وقال الشافعي يبطـل .

---

(١) في نسخة قليبج على شرط لانه يصح مع الجهالة ويجـوز تعليقه بشرط وغرر .

(٢) فى نسخة المعهد : وهذا يبطل به وما اثبتناه من نسخة قليبج .

فصـــــل

موت المكفول عنه بالنفس

٢٦٧٤ـ واذا مات المكفول عنه بالنفس برىء الكفيل لانه سقط عنه الحضور فسقط عن كفيله ، كما لو برىء من المال برىء الكفيل •

فصـــــل

تعذر إحضار المكفول عنه بالنفس

٢٦٧٥ـ واذا تعذر على الكفيل احضاره لبعده وغيبته تأخرت المطالبة عـن الكفيل ولا يحبس ولكن يؤجل مدة ذهابه ومجيئه ، فان جاء به والا حبس ، لان التسليم يجب بحسـب الامكان •

فصـــــل

الكفالة بالحدود والقصاص

٢٦٧٦ـ ولا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص عند أبي حنيفة •

٢٦٧٧ـ وقال أبو يوسف ومحمد تجـوز •

٢٦٧٨ـ وكان أبو الحسن يقول : تجوز عندهم جميعا •

٢٦٧٩ ـ وانما لا يطالبه القاضي لان المقصود بالكفالة التوثيق والقاضي مأمور بالتوصل الى درىء الحدود فلا يتوثق •

٢٦٨٠ـ واتفقوا على أن الكفالة بنفس الحد والقصاص لاتجوز ، لانـه لايمكن اسـتيفاء ذلك من الكفيل •

فصـــــل

مطالبة الكفيل والمكفول

٢٦٨١ـ وله أن يطالب المكفول والكفيل جميعا ايهما شاء ، ولا تكـون مطالبته لاحدهما ابراءً للآخر من الطلب •

٢٦٨٢ـ وهذا قول الشافعي أيضاً •

٢٦٨٣ ـ وفرق أصحابنا بين هذا وبين غاصب الغاصب فقالوا :

اذا طالب احدهما لم يكن له أن يطالب الآخر ، لانه مال ثابت في ذمتهما فله أن يطالب كل واحد منهما •

٢٦٨٤ـ وقال ابن ابي ليلى : ليس له أن يطالب الاصيل وقد بريء بالضمان كما ليس له أن يطالب المحيل •

٢٦٨٥ـ وفرق أصحابنا بين المحيل وبين المكفول عنه في المطالبة •

٢٦٨٦ـ وسوى زفر وعافية بن زيد بين الجميع ، وقال له أن يطالب الاصيل والفرع جميعا في الحوالة كالضمان •

فصل

٢٦٨٧ ـ وان ضمن الضامن آخر [جاز الضمان] لأنه دين ثابت كالاصل ، والاول وان ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز لان المضمون عنه اصل والضامن فرع فلا يجوز ان يصير الفرع اصلا والاصل فرعا ، ولانه يضمن بالضمان ما في ذمته •

فصل

وفاء المضمون عنه الدين

٢٦٨٨ ـ واذا قبض المضمون له الحق من المضمون عنه بريء الضامن ، لانه وثيقة فانحلت بقبض الحق كالرهن •

٢٦٨٩ـ وان قبض من القاضي بريء المضمون عنه لانه استوفى الحق من الوثيقة فبريء من عليه الدين كما لو قضى الدين من ثمن الرهن •

فصـــل

إبراء المضمون عنه

٢٦٩٠ـ وان ابرأ المضمون عنه برىء الكفيل ، وان ابرأ الكفيل لم يبـرأ المضمون عنه عندنا والشافعية ومنهم من قال يبرأ أيضا ، وهو قول داود[1] فيما رأيت في الخلاف .

فصـــل

باب اختلافهما في الكفالة والضمان

٢٦٩١ـ واذا قال الطالب للكفيل : كفلت مالى على فلان وهو ألف درهم. فقال الكفيل بل هو خمسمائة أو كفلت بالنصف من ذلك فالقول قـول الكفيل والبينة بينة الطالب لانها تثبت الضمان .

فصـــل

٢٦٩٢ ـ فان قال : مالك على فلان فهو على فاقام البينة عليه بماله لزم الكفيل ذلك ، وان لم يقم البينة فالقول قول الكفيل فيما يقر به من الحق عليه .

فصـــل

٢٦٩٣ ـ واذا ادعى على عبد رجل فانكر العبد والمولى فأقام بينة بحضرة المولى فان العبد يحبس ويؤخذ منه كفيل ، في قول ابي حنيفة .

٢٦٩٤ ـ وقال أبو يوسف : يأخذ من العبد كفيلا ولا يأخذ من مولاه .

فصـــل

٢٦٩٥ـ واذا ادعى على رجل انه كفل بنفس فلان فانكر الكفيل فـأن القاضي يحلف بالله :

---

(١) المقصود به داود مؤسس المذهب الظاهرى .

(٢) فى نسخة قليج : واذا ادعى على عبد رجل قذفاً .

ماله قبلك هذه الكفالة ، ولا يحلفه ماكفلت لـه فى قول ابى حنيفة وابي يوســف ومحمد •

٢٦٩٦- وروى عن أبي يوسف رواية اخرى انه يحلفه بالله ماكفلت •

فصـــــل

٢٦٩٧ ـ وان كانت الدعوى فى القرض ، يحلف بالله ما استقرضت ، الا أن يعرض المطلوب بأن الانسان قد يستقرض ويرد فحينئذ يحلفه بالله ماله قبلـك هـذا الحـق •

فصـــــل

٢٦٩٨- واذا ادعى على رجل انه كفل عن فلان بأمره وانكر الكفيل فالقول قوله ، فان أقام المدعي البينة وقضى عليه بها واخذ منه كفيلا كان له أن يرجع على المطلوب فى قول الثلاثة من علمائنا •

٢٦٩٩ ـ وقال زفر لا يرجع لانه قد انكر فى أول أمره •

فصـــــل

٢٧٠٠- ولو كفل عن رجل الى سنة فمات الكفيل قبل السنة حل ماعليـــه وللطالب أن يأخذ من ماله كما يأخذ من مال الاصيل لو مات ، ثم لايرجع ورثة الكفيل الا بعد مايحل الاجل في قول علمائنا الثلاثة ، ويرجع في قول زفـــر في الحـال •

فصـــــل

٢٧٠١- وكل عين أمانة في يد الغير كالوديعة والعارية والمســـتأجرة أو مضمونة بغيرها كالبيع في يد البائع والرهن في يد الراهن فان ضمان ذلك لايصح لانهـا أمانة •

٢٧٠٢- وكل عين مضمونة على الانسان كالمغصوب والمبيع الفاسد ،والمقبوض على سوم البيع فانه يصح ضمانه ويلزم تسليمه وان هلك وجب على الضامن القيمة.

٢٧٠٣- فان ضمن تسليم المبيع وما يجب تسليمه على من هو في يده صح الضمان .

٢٧٠٤ - وفي هذا الكتاب مسائل كثيرة وما ذكرنا اصوله[1] ، ولما كان الضمان ضم ذمة الى اخرى وكانت الحوالة تشبه الضمان في انها يستوفي فيها الحق وجب ذكرها .

(١) انظر ما قلناه بصدد خصب جوانب الكفالة فى الفقه الاسلامى مقالتنا ، الصلة بين عقد التأمين فى القانون وبين عقد الكفالة فى الفقه الاسلامي ، مستلة من من العدد الاول من مجلة القانون والاقتصاد .

كتاب الحوالة

جواز الحوالة[1]

٢٧٠٥ـ اعلم ان العلماء اجمعوا على جواز الحوالة في الجملة ، وان اختلفوا في مواضع ذلك وشرائطه لقوله عليه السلام من احيل على ملىء فليبعه [وقوله فظل الغنى ظلم ، واذا اتبع احدكم على ملىء فليتبع] •

٢٧٠٦ـ وقال أصحابنا :

ولا تجوز الا بالديون الثابتة في الذمم ولا تجوز بالاعيان ، لانها مأخوذة من التحويل وتحويل ما في ذمة الى اخرى ممكن ، والاعيان يجب تسليمها ، والتسليم لايتحول من عين الى اخرى •

٢٧٠٧ـ وسائر الديون سواء •

٢٧٠٨ـ وقال الشافعي :

لاتجوز الا على كل دين يجوز بيعه كعوض القرض وبذل المتلف ، فأما مالا يجوز بيعه كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به •

قال لان الحوالة بيع فيالحقيقة لان المحتال يبيع مافي ذمة المحيل بما فيذمة المحال عليه ، والمحيل يبيع مافي ذمة المحال عله بما عليه من الدين فلا يجوز الا فيما يجوز بيعه •

---

(١) أحال الغريم زجاه عنه الى آخر والاسم الحوالة• اللحياني: يقال للرجل اذا تحول من مكان الى مكان أو تحول على رجل بدراهم حال وهو يحول حولا ، ويقال : احلت فلانا على فلان بدراهم احيله احالة واحالا ، فاذا ذكرت فعل الرجل قلت : حال حولا ، واحتال احتيالا اذا تحول هو من ذات نفسه •

الليث : الحوالة احالتك غريما ، وتحول ماء من نهر الىنهر ، ابو منصور : يقال : احلت فلانا بماله علي وهو كذا درهما على رجل آخر لى عليه كذا درهما احيله احالة فاحتال بها عليه ، ومنه قول النبي (ص) «اذا احيل احدكم على آخر فليحتل» ، قال ابو سعيد : يقال الذي يحال عليه بالحق حيل والذي يقبل الحوالة حيل وهما الحيلان كما يقال البيعان واحال عليه بدينه والاسم الحوالة (لسان العرب) •

(٢) من نسخة قليج •

فصـــــل

جنس المال المحال

٢٧٠٩ـ واختلف في جنس المال الذى يقبل الحوالة وتجوز به •

٢٧١٠ـ فمنهم من قال لاتجوز الا فيما له مثل كالاثمار والحبوب ومــــا اشبهها لان المقصد بالحوالة ايصال الغريم الى حقه على الوفاء من غـير زيادة ولا نقصان ، ولا يمكن ذلك الا فيما له مثل ، ولا يجوز فيما سواه •

٢٧١١ـ ومنهم من قال : تجوز بكل ماثبت في الذمة بعقد السلم لانه مـال ثابت في الذمة يجوز بيعه كذوات الامثال •

فصـــــل

معلومية المال في الحوالة

٢٧١٢ـ ولا تجوز الا بمال معلوم لانه لايجوز الرجوع الى احد منهما دون صــاحبه •

٢٧١٣ـ واختلف اصحاب الشافعي في ابل الدية فمنهم من قال لايجـــوز بيعهـــا •

قالوا وهو الصحيح لانه مجهول الصفة ولا يجوز السلم فيه •

ومنهم من أجازه لانه معلوم العدد والسن فجاز الحوالة به •

فصـــــل

تساوي الحقين

٢٧١٤ـ ولا تجوز إلا أن يكون الحقان متساويين في الصفة والحـــلول والتأجيـل •

٢٧١٥ـ فان اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة لانها ارفاق كالقرض•

فصـــل

٢٧١٦ ـ وان كان لرجل على رجلين ألف ، على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه الخمسمائة التى عليه فأحال عليهما رجلا لـه عليه ألف على ان يطالب من شاء منهما بألف فقد اختلف فى ذلك •

٢٧١٧ ـ فمنهم من جوز ذلك ، وقال تصح الحوالة لانه لا يأخذ الا قـدر حقـه •

٢٧١٨ـ ومنهم من قال لاتصح لانه سيستفيد بالحوالة زيادة في المطالبـة وذلك لايصح ، ولان الحوالة بيع فاذا خيره بين الرجلين صار كأنه قال : بعتـك أحد هذين الثوبين ، وينبغي على قول اصحابنا أن يشترط الخيار كالبيع •

فصـــل

الحوالة على من لا دين عليه

٢٧١٩ـ وتجوز الحوالة على من له عليه دين ومن لا دين له عليه كمـا تجوز الكفـالة •

٢٧٢٠ـ ومن أصحاب الشافعي من قال لاتجوز الا على من له عليه دين لانه بيع مافي الذمة بما في الذمة •

٢٧٢١ـ وقال بعض اصحابه يطالب بتخليصه كما يطالب الضامن المضمـون عنه فان قضاه باذنه رجع على المحيل وان قضاه بغير اذنه لم يرجع •

فصـــل

رضا المحتال

٢٧٢٢ـ ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال لانه نقل من ذمة الى غيرها فاعتبر رضا صاحب الحق كما لو باعه بالدين عينا •

فصل

رضا المحال عليه

٢٧٢٣ـ وكذلك يعتبر رضا المحال عليه •

٢٧٢٤ ـ وقال الشافعي ان كان لا حق له عليه اعتبر رضاه اذا صحح الحوالة، وان كان له عليه حق فرضاه شرط عند المزني والاصطخرى ، قالوا والمـذهب انه لايعتبر رضاه •

لان رضا المحال شرط فكذلك المحتال عليه ، ولا يشبه الوكيل بالقبض ، لانه لا يجب عليه الدفع اليه ولا التسليم ، وهو يقبض نفس ماعليه لا على سبيل العوض ، وفي مسألتنا بخلافه •

فصل

٢٧٢٥ـ واذا صحت الحوالة فليس له أن يطالب المحيل مادام الحق يقدر على استيفائه •

٢٧٢٦ـ وقال الشافعي : قد برئت ذمة المحيل ولا يرجع على المحيل بحال•

٢٧٢٧ـ وقال زفر وعافية بن زيد : له المطالبة لكل واحد منهما كما نقول في الضمان لانه نقل الحق الى محل آخر فصار كما لو باعه عينا ، ولانه قادر على استيفاء حقه فهو كما لو آجره عينا بمال عليه •

فصل

إفلاس المحال عليه وجحوده

٢٧٢٨ـ واذا احاله على ملجأ فافلس او جحد الحق وحلف أو مات مفلسا فأنه يرجع على المحيل عند أبي يوسف ومحمد في هذه الوجوه الثلاثة •

٢٧٢٩ـ وقال أبو حنيفة لايرجع الا اذا جحد وحلف أو مات مفلسا ، فأما اذا فلسه القاضي وحجر فليس له الرجوع •

٢٧٣٠ـ وقال الشافعي لايرجع بحال •

٢٧٣١ ـ لانه لم يسلم له ما عاوضه عن حقه فكان له الرجوع ، كما لو باعه عينا فهلكت قبل القبض ، لانه قد تعذر عليه الوصول الى حقه قبل قبضه فصار كالمبيع اذا هلك في يد البائع رجع المشترى بالثمن عليه ، كذلك هذا •

فصل

٢٧٣٢ـ واختلف أصحاب الشافعي اذا احاله على رجل بشرط أنه ملىء فبان انه معسر •

٢٧٣٣ـ قال المزني لا خيار له •

٢٧٣٤ـ وانكر ابو العباس هذا وقال :

له الخيار لانه غره بالشرط •

فصل

٢٧٣٥ـ واذا اشترى رجل سلعة بالف ثم أحال المشترى البائع بألف على رجل ، ثم وجد بالمبيع عيبا فرده فقال ابو حنيفة وصاحباه وهو اختيار ابي على الطبرى لاتبطل الحوالة ، ويطالب البائع المحال عليه بالمال ، ويرجع المشترى على البائع بالثمن لانه قد تصرف في أحد العوضين فلا يبطل بالرد •

٢٧٢٦ـ وقال المزني وابو اسحق تبطل الحوالة •

٢٧٣٧ ـ وهو قول زفر ، لان الحوالة بالثمن ، وقد انفسخ البيع فيه فبطلت الحوالة لبطلان ماترتب عليه •

٢٧٣٨ـ ولو استحق المبيع أو وجد حرا بطلت الحوالة باتفاق لان التصرف وقع باطلا في الابتداء •

المحيل والمحال

٢٧٣٩ـ قال أصحابنا :

واذا طالب المحال عليه بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ، وكان عليه مثل الدين لان المحال عليه لما قبل الحوالة وجب لـه في الظاهر مثلها لما على المحيل ، فاذا ادعى المحيل انه كان له عليه مثله فقد ادعى خلاف الظاهر ، والاصل براءة ذمة المحال عليه فلا يقبل قوله عليه بغير بينة

فصـــــل

٢٧٤٠- وان طالب المحيل المحال بما أحاله به وقال : اني أحلتك لتقبضه لي وقال المحال بل احلتنى بدين لي عليك ، فالقـول قـول المحيل لانـه قد يحيله ليستوفي ، ويستوفى لنفسه ، فلا يوجب عليه المال بالشك •

فصـــــل

٢٧٤١- وان أحال رجلا له عليه دين على رجل له عليه دين ، ثم اختلفا :

فقال المحيل :

وكلتك •

وقال المحال :

بل أحلتني •

فالقول قول المحيل اذا اختلفا في اللفظ بلا خلاف لانهما اختلفا في اللفـظ فكان القول قول من يسـتفاد من جهته الحكم •

٢٧٤٢- وان اتفقا على لفظ الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل :

وكلتـك •

وقال المحال :

بل أحلتني •

فمنهم من قال : القول قول المحال لانه اللفظ يشهد له بما قال، ، ومنهـم من قال القول قول المحتل لانه يدعي بقاء الحق في الذمة ، والمحتال يدعـي انتقال الحق •

فصـــــل

٢٧٤٣- وان قال المحيل احلتك •

وقال المحتال بل وكلتني فهو على الخلاف المتقدم أيضا ، منهم من قال الصحيح قول المحتال لانه ينفي الضمان ، ولهذا اذا اقاما بينة قبلت بينة المحيل لانها تثبت القضاء •

فصل

السفاتج[1]

٢٧٤٤- قال أصحابنا :

ونكره السفاتج لانها قرض استفيد فيه خطر الطريق ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قرض جَرّ منفعة ، ولانها تمليك دراهم بمثلها ، فاذا اشترط الدفع في بلد آخر فقد صار مؤجلا والاجل لايصح في الاعيان ، وهذا هو القياس • اذا لم يشترط الدفع في بلد آخر فاستحسنوا وقالوا لايكره لان المردود في القرض جعل كالمقبوض ابتداءً فصار كالاعيان ، وتأجيل العين لايصح، فلم يكن ذلك تأجيلا فلذلك لم يكن •

فصل

٢٧٤٥- واذا قال المحال عليه للمحيل :

ابرأني من المال وانكر فالقول قول المحيل انه لم يبرىء ، فان اقاما بينة فالبينة بينة **المحال** عليه لانها تشهد بخلاف الظاهر •

وان نكل عن اليمين برىء المحال عليه ، وليس له أن يرجع على المحيل في البراءة والنكول لانه قد سقط حقه فلا يثبت له الرجوع •

وليس ذلك كما لو جحد الحوالة وحلف لانه لم يستوف ما وجب له •

٢٧٤٦- وهذه اصول هذا الكتاب ، وفيه فروع كثيرة ، واذ قد ذكرنا حكم البيوع وما ذكرنا من الحوالة بالثمن والكفالة والرهن وما قدمناه ، وكانت الاجارة في حكم بيع المنافع وجب أن نذكرها في هذا الموضع •

---

(١) السفتجة هي البويصة في مصطلح قانون التجارة لعراقي المرعي • انظر الهامش (١) في الصحيفة(٦٧) من كتابنا المبسوط في الاوراق التجارية

كتاب الإجاره

وهذا كتاب الإجارة[1]

تعريف

٢٧٤٧ ـ اعلم ان الاجارة عقد على منفعة ببدل •

جوازها

٢٧٤٨ ـ والقياس كان يقضي ان لا تجوز لأنها عقد على معدوم ، واليه ذهب

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة (أجر) :

لاجر : الجزاء على العمل ، والجمع أجور ، والاجارة من أجر يأجر • وهو ما أعطيت من أجـر في عمـل •

والاجر الثواب ، وقد اجره الله ياجُرُه وياجِرُه أجرا ، وآجره الله ايجـار وأْتَجر الرجل تصدق وطلب الأجر ، وفي الحديث الاضـاحي : « كلوا وادخروا وأتجرو » أي تصدقوا طالبين للاجر بذلك •••

آجره يؤجره اذا أثابه او اعطاه والاجر والجزاء ، وكذلك أجره يأْجُره ويأْجِره والامر منهما : آجِرني واجرني • وأجر المملوك يأجره اجراً فهو ماجـور ، وآجره يؤجره ايجارا ومؤاجرة ، وكل حسن من كلام العرب •

وآجرت عبدي اوجره ايجاراً فهو مؤجر •

وأجر المرأة : مهرها ، وفي لتنزيل : « يا ايها لنبي انا أحللنا لك ازواجك اللاتي آتيت اجورهن » •

وآجرت الامة البغية نفسها مؤاجرة أباحت نفسها باجر ، وآجـر الانسـان وستأجره •

والاجير المستأجر وجمعه اجراء •• والاسم منه الاجارة •

والاجرة : الكراء ، تقول استأجرت الرجل فهو يأجرني ثمانـي حجج اى يصير أجيري واْتَجَر عليه كذا من الاجرة ••

وآجرته الدار اكريتها والعامة تقول : واجرته •

والاجرة والاِجارة والاُجارة ما اعطيت من أجـر • قـال ابن سيده : وأرى ثعلبا حكى فيه الاجارة بالفتح •

وفي التنزيل العزيز : « على ان تأجرنى ثماني حجج » قال الفراء يقـول : ان تجعل ثوابى ان ترعى على غنمى ثماني حجج ، وروى يونس معناهـا عـلى ان تثيبنى على الاجارة •

أبو حنيفة وصاحباه[1] .

٢٧٤٩ ـ والاستحسان ان تجوز لأن الله تعالى قال :
« فان أرضعن لكم فاتوهن أجورهن »[1] واجر النبي عليه السلام والصحابة استأجرت وأجرت ، وهو فعل جميع المسلمين فى سائر الاعصار .

قاعدة

ما تجوز إجازته

٢٧٥٠ ـ وكل عين لها منفعة تجوز اجارتها وان كان بيعها لا يجـور كالحر وأم الولد والوقف ، لأنه عقد على منفعة فهو كالنكاح يجوز على الحـر والعبد .

٢٧٥١ ـ وتجوز اجارة العقار والضياع والمنازل والحـوانيت والسـفن والحيوان الجمال والدواب والرقيق والبغال والحمير والبقر والآت الصناع كلها والمكاييل والموازين والبسط والزلالى[1] والغرف والبساتين .

أنواع الإجازة

٢٧٥٢ ـ والاجارة على نوعين :
اجارة مدة واجارة عمل .

ذكر المدة والعمل

٢٧٥٣ ـ فكل عين يجوز ان يستأجرها مدة معلومة لينتفع بها فيها فهو جائز .

---

(١) في نسخة المعهد : الاحمر وصاحبه وفى نسـخة قليج : (لا) ثم فراغ قليل ثم (وصاحبه) وهو غلط والصواب ما اثبتناه .

(١) كذا وفي نسخة (قليج) الزلال ولا معنى له ههنا اذا افهم على ان المقصود به زلال البيض وانما قصد به المؤلف «البسط والزوالي» والبساط في لهجـة العراق الى اليوم هو نوع من المنسوجات الصوفية تفرش في الغرف شتاء والزولية وجمعها زوالى هي فراش منسوج من الصوف ، يفرش في الغرف شتاء طلبـا للتدفئـة .

• وان شرط عملا فى المدة بطلت الاجارة لانه لا يجمع ذكر المدة والعمـــل في العقـــد •

٢٧٥٤ ـ فان ذكر المدة سكت عن العمل ، وان ذكر العمل سكت عن المدة•

٢٧٥٥ ـ فان استأجر دارا شهرا لم يحتج الى بيان ما يعمل فيها •

٢٧٥٦ ـ وان استأجر رجلا مدة ليستعمله فى عمل من الاعمال جاز •

٢٧٥٧ ـ فان قال له على ان يخيط اليوم هذا القميص فالاجارة فاســدة ، فان خاط القميص فله الاقل من أجرة المثل والمسعى عندنا •

٢٧٥٧ ـ وهذا شأن جميع الاجارات الفاسدة •

٢٧٥٨ ـ وقال الشافعي تجب اجرة المثل بالغا ما بلغ •

فصـــــل

٢٧٥٩ ـ ولا تجب اجرة المثل فى الاجارة الفاسدة الا باستيفاء المنفعة دون التمكن كما لا يجب المهر فى النكاح الفاسد الا بالوطىء دون العقد •

٢٧٦٠ ـ وقال الشافعي تجب الاجرة بالتمكن كما تجب فى الصحيح وفرق بين النكاح الصحيح والفاسد •

٢٧٦١ ـ ولا فرق بين فاسد الاجارة وفاسد النكاح •

فصـــــل

المدة

٢٧٦٢ ـ وكل مدة معلومة تجوز الاجارة اليها عندنا •

٢٧٦٣ ـ وقال الشافعي : لا تجوز أكثر من سنة ، وفيما زاد على ذلك قولان أحدهما لا تجوز فوق ثلاث سنين ، وفى قول آخر فوق ثلاثين سنة ، لأنها مـدة معلومة فصارت كالسنة والعمل[1] على القول الاخر •

استئجار العبد

٢٧٦٤ ـ واختلف أصحابنا فى استئجار العبد مدة لا يمكن فى الظاهر أن

(١) الكلمة غير واضحة فى نسخة المعهد وفى نسخة (قليج) السنين •

يعيش اليها ، فمنهم من اجز ذلك ، ومنهم من قال لا تجوز كاجارة العبد ألف سنة وما زاد على ما يعيش اليه الناس في الغالب •

فصل

٢٧٦٥ – ولا فرق عندنا بين ان يؤجره المدة في اولها او مدة لم تحضر كمن اجر [في] شعبان وهما في رجب جاز عندنا •

٢٧٦٦ – وقال الشافعي لا تجوز •

٢٧٦٧ – ولا فرق بين ان يؤجرها من المستأجر او من غيره ، ومنهم من فرق •

بيع العين قبل مدة الإجارة

٢٧٦٨ – وهل للمؤجر ان يبيع العين قبل المدة ؟

فيه روايتان :

احداهما يجوز ، والاخرى لا يجوز •

فصل
إجارة المشاع

٢٧٦٩ – ولا تجوز اجارة المشاع عند ابى حنيفة من غير الشريك ، وفي الشريك روايتان احداهما لا تجوز ، وهو قول زفر •

وفي الاشاعة الطارئة روايتان في ابطال الاجارة :

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي اجارة المشاع جائزة •

ولا فرق بين الشريك وغيره

ولا فرق بين ما يحتمل القسمة ومالا يحتمل •

ولا بين الطارىء والمقارن في ذلك لان كل ما جاز بيعه جازت اجارته كالمفرز •

فصـــل

إجارة شهر بدرهم

٢٧٧١ ـ وتصح فى الشهر الواحد •

وكلما دخل من شهر يوم صحت اجارة جميعه كذلك ابدا •

وقال الشافعي باطلة فى الجميع •

٢٧٧٢ ـ فاتفق الجميع على انه لو باع صبرة كل قفيز بدرهم صح في القفيز الواحد وفيما زاد اجازه الشافعي فى جميعها •

فصـــل

بيان أول المدة

٢٧٧٣ واذا استأجر دارا شهرا وأطلق المدة صح العقد وكان أول المدة عقد العقد •

٢٧٧٤ ـ وقال الشافعى لايجوز حتى يبين أول المدة ويذكره •

فصـــل

ما يجوز وما لا يجوز في الإجارات

٢٧٧٥ ـ لا تجوز اجارة دار بدار •

٢٧٧٦ ـ وتجوز اجارة عبد بدار •

٢٧٧٧ ـ واجاز الشافعي الجميع •

٢٧٧٨ ـ واتفقوا انه لا يجوز ان يكون النفع فى مقابلة البضع •

٢٧٧٩ ـ واجازوا ان يكون ما عليه من الدين فى مقابلة ما عمله له •

فصـــل

بيع ما أجره

٢٧٨٠ ـ واختلفوا فى بيع ما أجره فى المدة •

٢٧٨١ ـ فاوقف اصحابنا البيع فيه •

٢٧٨٢ ـ وقال أبو يوسف الاجارة كالعيب فن رضى لزمه البيع ، وان لم يعلم فهو بالخيار في فسخ البيع •

٢٧٨٣ ـ واجاز الشافعي البيع فى جميع الاحوال •

فصـــل

إجارة الحيوان

٢٧٨٤ ـ واجاز اصحابنا اجارة الكلب وسائر الحيوان وبيعه •

٢٧٨٥ ـ وقال الشافعي لا يجوز (بيعه) وفي اجارته وجهان احدهمـا لا تجوز والاخر تجوز •

فصـــل

إجارة الفحل للعزاب

٢٧٨٦ ـ ولم يجز أصحابنا اجارة الفحل للضراب[١] •

٢٧٨٧ ـ وهو المذهب عند الشافعي •

٢٧٨٨ ـ ومن أصحابه من اجاز الاجارة •

٢٧٨٩ ـ وهو قول مالك •

٢٧٩٠ ـ لانه لا قيمة له ، وهو محرم ، وفيه نهى عن النبى عليه السلام •

فصـــل

بيان حصة السنة

٢٧٩١ ـ واذا استأجر دارا سنين ولم يبين حصة كل سنة جاز •

٢٧٩٢ ـ وقال الشافعي لا يجوز حتى يبين •

٢٧٩٣ ـ ولو وجب بيان الحصة للسنين لوجب بيان حصة الشهور والايام•

---

(١) ضرب الفحل الناقة يضربها ضرابا نكحها ، قال سيبويه ضربها الفحـل ضرابا كالنكاح والقياس ضربا ولا يقوله كما لا يقولون نكحا وهو القياس •• وفي الحديث انه نهى عن ضراب الجمل وهو نزوه على الانثى ، والمراد بالنهى ما يؤخذ عليه من الاجرة لا عن نفس الضراب ، وتقديره نهى عن ثمن ضراب الجمل ، كنهيه عن عسيب الفحل أى عن ثمنه ، فقال ضرب الجمل الناقة يضربها اذ انزى عليها، واضرب فلان ناقته أى انزى الفحل عليها • (لسان العرب) •

فصـــــل

موت العبد المستأجر

٢٧٩٤ ـ ولو مات العبد المستأجر قبل مدة الاجارة لـم تجب اجرة ما بقي عندنـا •

٢٧٩٥ ـ وقال بعض الفقهاء تجب كما يجب المهر •

فصـــــل

انقضاء الإجارة

٢٧٩٦ ـ الاجارة تبطل بموت كل واحد من المتعاقدين عندنا •

٢٧٩٧ ـ وقال الشافعي لا تبطل •

٢٧٩٨ ـ والنكاح لا يبقى بعد الموت ، ولا تستوفى المنافع من ملك غـــير العاقد •

فصـــــل

كيفية حلول أجرة الدار والعمل

٢٧٩٩ ـ وتجب اجرة الدار حالا فحالا ، وان كان عملا فعند الفراغ مـن العمل لان المنافع غير مملوكة فلا يملك الاجرة •

٢٨٠٠ ـ وقال الشافعي تجب بنفس العقد ، وهو قول زفر •

٢٨٠١ ـ وقد روى عن ابى حنيفة ان الاجرة لا تجب الا بعد انقضاء المـدة والفراغ من العمل فى قوله الاول •

فصـــــل

استئجار ما أجره

٢٨٠٢ ـ واذا استأجر ما أجره لم يجز عندنا •

٢٨٠٣ ـ وقال الشافعي يجوز ، لأنه يستوفى على حكم ملكه فلا يجـــوز استيفاء المنفعة بحكم عقد الغير كما لو اشترى زوجته من المولى •

فصـــــل

٢٨٠٤ ـ ولا يجوز ان يؤجر ما استأجره قبل قبضه كما لا يجوز بيع مـا اشتراه قبل القبض •

٢٨٠٥ ـ وقال الشافعي يجوز •

فصـــل

شرط الخيار في الإجارة

٢٨٠٦ ـ ويجوز شرط الخيار فى الاجارة •

٢٨٠٧ ـ وقال الشافعي لا يجوز •

فصـــل

خيار العيب

٢٨٠٨ ـ واتفق الجميع على انه يثبت خيار العيب فى ذلك •

فصـــل

المحمل المغطى

٢٨٠٩ ـ ولو اكترى محملا مغطى الى مكة ولم يشاهده جاز •

٢٨١٠ ـ وقال الشافعي لا يجوز •

فصـــل

٢٨١١ ـ واذا استأجر دابة فله ان يرد بدل ما أكل من زاد وشرب من ماء بحسب العادة •

٢٨١٢ ـ وقال الشافعي لا يجوز •

فصـــل

إجارة المجهول

٢٨١٣ ـ ولا تجوز اجارة مجهول ، ولا بدل غير معلوم كما لا يجوز فى البيع •

إجارة الظئر

٢٨١٤ ـ واختلف فى الظئر اذا استأجرها بطعامها وكسوتها •

فاجاز ذلك أبو حنيفة ، وجعل ذلك موكولا الى أهل الصبي •

٢٨١٥ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز ، وهو قول الشافعي •

فصـــل

٢٨١٥ ـ واذا أجر بجنس ما استأجر لم يطب له الربح حتى يعمل فى الدار عملا يزيد به النفع •

٢٨١٦ • وقال الشافعي يطيب •

رَوضةُ القُضَاةِ وطريقُ النَّجاة

للعلامة أبي القاسِم علي بن محمّد بن احمد الرحبي السمناني

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المُحَامي

الدكتور صلاح الدّين النّاهي

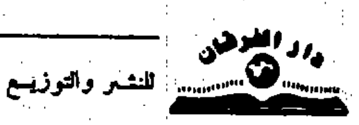
الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقاً)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

الجزء الثاني

دار الفرقان
عمان

مؤسسة الرسالة
بيروت

الطبعَة الثانيَة
١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م



عمان/ الاردن/ جبل الحسين شارع خالد بن الوليد
ص.ب، ٩٢١٥٢٦ - تلفون : ٦٦٠٩٣٧

مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع

مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ ٢٤١٦٩٢ - ٢٩٥٠٠١
ص . ب (٧٤٦٠) برقياً: بيوشران ·

فصـــــل

٢٨١٧ـ واذا أجاز المستأجر بيع الدار في المدة بطلت الاجارة •

٢٨١٨ـ وقال الشافعي لاتبطـل •

فصـــــل

ما تلف عند الأجير المشترك من غير فعله

٢٨١٩ـ ولا ضمان على الاجير المشترك فيما تلف في يديه من غير فعله •

٢٨٢٠ـ وما أتلف من عمله فهو مضمون عليه •

٢٨٢١ـ خلاف أبي يوسف ومحمد ، والشافعي في أحد قوليه يضمن •

٢٨٢٢ـ وقال زفر لايضمن في الوجهين جميعا وهو أحد قوليه أيضا •

فصـــــل

٢٨٢٣ـ واذا أجر عبده واعتقه والصبي اذا بلغ فلهما الخيار •

٢٨٢٤ـ وقال الشافعي لا خيار لهما •

٢٨٢٥ـ وان أجر مال الصبي ثم بلغ فلا خيار له •

٢٨٢٦ـ وقال الشافعي له الخيـار •

٢٨٢٧ـ ولو زوج أمته ثم بلغ فلا خيار له عند الجميع •

فصـــــل

إجارة الكتب

٢٨٢٨ـ واجارة الدفاتر للقراءة لاتجـوز •

٢٨٢٩ـ وقال الشافعي تجوز •

فصـــل
استئجار الدراهم والدنانير

٢٨٣٠ـ واختلف في استئجار الدراهم والدنانير للتجمل بها ، والمكـايل للزينة والمعيار فأجازه الكرخي ، ومنعه غيره •

٢٨٣١ـ واختلف أصحاب الشافعي مثل ذلك •

فصـــل
إجارة العبد المسلم من الذمي

٢٨٣٢ـ واختلف أصحابنا في اجارة العبد المسلم من الذمـي ، وخرَّج أصحاب الشافعي ذلك على وجهين كالبيع •

٢٨٣٣ـ وقد أجر علي عليه السلام نفسه من امرأة يهودية ليسقي كل دلو بتمـرة •

فصـــل
استئجار الحائط

٢٨٣٤ـ ولا تجوز اجارة حائط ليضع عليه خشبة أو يبني سـترة •

٢٨٣٥ـ وقال الشافعي يجوز •

فصـــل
استئجار رجل لنقل الخمر

٢٨٣٦ـ ويجوز أن يستأجر رجلا لينقل الخمـر •

٢٨٣٧ ـ وقال الشافعي لا يجوز • لانه عمل معلوم •

فصـــل
استئجار دار ليتخذها مصلى

٢٨٣٨ـ وان اسـتأجر دارا ليتخذها مصلى ومسجدا لم يجز •

٢٨٣٩ـ وقال الشافعي يجوز •

٢٨٤٠ ـ واجاز أصحابنا بيت السواد ان يتخذ بيعة ، ومنهم من اسقط الخلاف •

فصـــــل

الدلال

٢٨٤١ـ واذا استأجر رجلا ليبيع له ثوبا فالاجارة باطلة لانه يقف على فعل الغـــير •

٢٨٤٢ـ وقال الشافعي يجـــوز •

الأجرة على الطاعات

٢٨٤٣ـ ولا تجوز الاجارة لتعليم القرآن ولا بشيء من الطاعات والمعاصي•

٢٨٤٤ ـ وقال الشافعي يجوز في تعليم العلوم والقرآن وكل منفعة مباحة ، لانه يقف على فعل عـدم •

فصـــــل

شرطان في عقد

٢٨٤٥ـ وان شرط أن يعمل في الدار الجديد بدرهم ، وان سكن فنصف درهم جاز في قوله الاول ، ولا يجوز في الثاني •

٢٨٤٦ـ وهو قولهما وقول الشافعي •

٢٨٤٧ ـ وان قال ان خطت الثوب اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصـف (درهم) فالشرط الاول جائز والثاني باطل •

٢٨٤٨ـ وقال زفر : الشرطان باطلان ، وهو قول الشافعي •

٢٨٤٩ـ وقالا جائزان •

فصـــــل

استأجره ليقتص

٢٨٥٠ـ وان استأجره ليقتص له في النفس فالاجارة باطلة عند أبي حنيفة وابي يوسف •

٢٨٥١ـ وقال محمد والشافعي جائزة •

٢٨٥٢ـ ولو كان على الطرف لجاز عندهم جميعا •

فصـــــل

أجرة القصاص

٢٨٥٣ـ واجرة القصاص في الطرف على المقتص له •

٢٨٥٤ـ وقال الشافعي على المقتص منه •

فصـــــل

استئجار الدابة

٢٨٥٥ ـ واذا استأجر دابة الى موضع معلوم فبقيت فى يده مدة يمكن ان يمر اليه فلا أجرة عليه •

وقال الشافعي عليه الاجرة •

٢٨٥٦ـ ولو ساقها في الطريق ولم يركب وجب عليه الاجرة باتفاق •

فصـــــل

كفيل بالأجرة

٢٨٥٧ـ واذا أعطاه بالاجرة قبل وجوبها كفيلا أو ابرأه منها او صارفه عليها فهو جائز •

٢٨٥٨ـ وعن أبي يوسف أنه لايجوز قبل الوجوب •

باب
من اختلافهما في الأجارة

فصـــــل

ادعى أنه أجره داره

٢٨٥٩ـ واذا ادعى رجل على آخر أنه اجره داره وأنكر فالقول قوله مع يمينه ، فان أقام بينة قضى بالاجارة اذا كانت على مدة معلومة واستوفيت شروط الصحة ، ولا خلاف في هذا الفصل •

فصـــــل

اختلافهما في الثوب

٢٨٦٠ـ واذا اختلف رب الثوب والخياط في الثوب فقال رب الثوب أمرتك بقميص ، وقال الخياط بقباء ، فالقول قول رب الثوب عندنا •

٢٨٦١ـ وكذلك اذا اختلف هو والصباغ فقال الصباغ أمرتني بأحمر وقال رب الثوب بأخضر •

٢٨٦٢ ـوقال ابن أبي ليلى القول قول الخياط والصباغ •

٢٨٦٣ـ وقال الشافعي بالقولين جميعا •

٢٨٦٤ـ ومن أصحابنا من قال له قول آخر انهما يتحالفان في ذلك لان الاذن مستفادة من جهة رب الثوب فكان القول قوله فيه كما لو ادعى ابنه ونفاه فان القول قوله •

فصـــــل

اختلافهما في قدر المنفعة أو الأجرة

٢٨٦٥ـ واذا اختلفا في قدر المنفعة أو الاجرة أو فيهما فأنهما يتحالفان ، قياسا على البيع ، لاختلافهما في المعقود عليه •

٢٨٦٦ـ وإذا تحالفا في ذلك كان الحكم في ذلك كالحكم في البيع على ماقدمنا من الخلاف في فسخ العقد بهما أو بالحاكم لان الاجارة كالبيع لانها بيع المنافع •

فصل

اختلافهما في مقدار الأجرة

٢٨٦٧ـ وان قال اجرتني الدار سنة بخمسة وقال المؤجر بعشرة تحالفا كما قدمناه ، وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى الاجر •

٢٨٦٨ـ وقياس قولهم في البداية باليمين ان يبدأ المؤجر كما يبدأ البائع على قول أبي يوسف ، وقول محمد يبدأ المشترى فينبغي ان يبدأ بالمستأجر ههنا •

٢٨٦٩ـ هذا اذا اختلفا قبل العمل والسكنى •

٢٨٧٠ـ فان اختلفا بعد فراغ العمل ومضي المدة فالقول قول المستأجر مع يمينه كالخلاف بعد هلاك السلعة •

فصل

العبرة ببينة المؤجر

٢٨٧١ ـ وان أقاما بينة أخذت بينة المؤجر لانها تثبت الزيادة فى ذلك فكانت أولى ، ولان المستأجر بينته تنفى والاخرى تثبت فكانت اولى بالعمل •

فصل

اختلافهما في المدة أو قدر المسافة

٢٨٧٢ ـ واذا اختلفا فى المدة او قدر المسافة فهو على مامضى من التحالف والنكول •

٢٨٧٣ـ وان أقاما جميعا البينة اخذت بينة المستأجر لانها تثبت زيادة المدة والمسافة والاخرى تنفى ذلك فيكون المثبت اولى •

فصــــل

ادعاء كل واحد منهما فضلاً

٢٨٧٤ـ واذا ادعى كل واحد منهما فضلا •

٢٨٧٥ـ فقال المؤجر أجرتك الى القصر بعشرة وقال المستأجر اجرتني الى الكوفة بعشرة تحالفا ، وايهما نكل لزمه دعوى الآخر • وان أقام احدهما بينة قضى بها •

وان أقاما جميعا البينة قبلت بينة كل واحد على فضل عقده لانها تثبت استحقاقا له على الآخر فتقبل في الفضل •

فصــــل

اختلافهما في المسافة والأجرة

٢٨٧٦ـ ولو قال المؤجر : اجرتك الى القصر بدينار ، وقال المستأجر الى الكوفة بعشرة دراهم ، فهي الى الكوفة بدينار وعشرة لأنهما اختلفا في اجر الدابة الى القصر ، فأقاما البينة ، فالبينة بينة المؤجر ، ثم ادعى المستأجر اجارة الى الكوفة بعشرة ، لان القصر نصف الطريق ، وجحد ذلك المؤجر فتكون البينة المثبتة للاجارة اولى ، فلهذا قضينا بها الى الكوفة بدينار وعشرة دراهم •

فصــــل

اختلافهما في طول الثوب وعرضه

٢٨٧٧ ـ ولو دفع غزلا الى الحائك لينسج له ثوبا سبعا فى أربعة فنسجه ستا في أربعة ، فصاحب الثوب بالخيار •

ان شاء سلم له الثوب وضمنه مثل غزله ، وان شاء أخذه واعطاه بحساب ذلك من الاجر الذي سماه ، لان غرض صاحب الثوب لم يسلم له ، لانه ينتفع بالطويل مالا ينتفع بالقصير ، فكان الخيار له ، فان اختار الاخذ أخذ بحسابه ،

كمن استأجر رجلا ليضرب له لبنا معدودا فضرب بعضه وفات وقت الضرب استحق بحساب ماعمل ، كذلك هذا .

فصـــل

إفساد صفة المصنوع

٢٨٧٨- ولو نسجه على ماقال من الذرع الا أنه أفسد الصفة فجاء به رقيقا وقد أمره بالصفيق ، أو جاء به صفيقا وقد أمره بالرقيق فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله ، وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله ، لايتجاوز بـه ماسمي ، لانه اتي بالمعقود عليه وخالف في صفة فثبت له الخيار .

فصـــل

الزيادة في ذرع المصنوع

٢٨٧٩- واذا ما أتى بالذرع والصفة المعقود عليها وزاد في ذرعه ، فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وكان الثوب للصانع ، وان شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمي ، ولا يزيد في الاجر لزيادة الذرع ، لان الصـــفة تغيرت فيثبت الخيار ، ولا أجرة فيما زاد لانه عمله بغير اذن صاحبه .

فصـــل

اختلافهما حول ما زاد في الثوب بالصبغ

٢٨٨٠ - واذا دفع رجل الى صباغ ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه ، واختلفـا :
فقال الصباغ عملته بدرهم .

وقال رب الثوب بدا نقين .

فان أقاما بينة أخذت بينة الصباغ ، وان لـم يكن لهما بينة فاني أنظر الى مـا زاد الصبغ في الثوب ، فان كانت درهما أو أكثر اعطيته اكثر بعد ان يحـــلف الصباغ ما صبغه بدانقين ، وان كان الصبغ زاد أقل من دانقين اعطيته دانقين ، ولم

يذكر أصحابنا في الكتاب اذا زاد على دانقين ونقص عن درهم ، وينبغي أن يعطي مازاد على ذلك كما قالوا في مهر المثل •

فصـــل
اختلافهما حول الاتفاق على أجرة الصانع

٢٨٨١ ـ واذا عمل الصانع [على] ما أراد رب الثوب ثم اختلفا •

فقال رب الثوب عملته بلا اجرة •

وقال الصانع بل عملته باجرة •

فالقول قول رب الثوب عند ابي حنيفة لان المنافع لاتتقوم الا بعقد والصانع يدعيه ورب الثوب ينكره فلا يصدق •

٢٨٨٢ـ وقال أبو يوسف :

ان كان حريفا وله عادة ان يعمل باجرة فله الاجرة لان المعتاد كالمنطوق به في العقد كنقد البلد •

٢٨٨٣ـ وقال محمد : ان كان الصانع منتدبا لهذه الصنعة وهي حرفته فالقول قوله أنه باجرة لان الظاهر معه في ذلك •

فصـــل
حبس الشيء المصنوع بالأجرة

٢٨٨٤ـ واذا عمل الصانع ما استؤجر عليه فله حبسه حتى يستوفي الاجرة•

ليس للحمال حق حبس البضاعة

٢٨٨٥ـ وليس ذلك للحمال والجمال وهذا ظاهر المذهب •

٢٨٨٦ـ ومنهم من قال : ليس له[1] حبس ذلك لانه لم يرهن العين عنده، فلم يجز له حبسها كالحمال •

---

(١) الضمير يعود الى الصانع المذكور فى الرقم ٢٨٨٤ •

٢٨٨٧- ومن قال له الحبس يقول : ان عمله ملكه فجاز له حبسه على عوضه ، كالمبيع في يد البائع •

فصـــــل

عدم ذكر أجرة الخياط

٢٨٨٨- واذا دفع اليه الثوب ليخيطه ولم يذكر له الاجرة ففيه أربعة أقاويل •

٢٨٨٩- أحدها انه تلزمه الاجرة وهو اختيار المزني ، لانه استهلك عمله فلزمه اجرته •

٢٨٩٠- والثاني ان قال له خطه لزمه ، وان بدأ الرجل فقال : اعطني لاخيطه لم يلزمه ، وهو قول ابي اسحق •

٢٨٩١- لانه أمره فقد لزمه بالامر والعمل لايلزمه الا بالاجرة فلزمته • وان لم يأمر لم يوجد فلم يجب الاجر •

٢٨٩٢- والثالث انه : ان كان الصانع معروفا بأخذ الاجرة صار العرف في حقه كالشرط •

٢٨٩٣- والرابع لايلزمه بحال ، وهو الصحيح عندنا •

وهو قول ابي حنيفة ، والمعمول به من مذهب الشافعي ، لانه لم يجر بينهما عقد يقتضي العوض ، والصانع يجوز ان يتطوع بعمل فلا يستحق اجرة •

فصـــــل

ضمان الحمال

٢٨٩٤- واذا استأجر رجلا ليحمل له شيئا على ظهره أو دابته الى موضع فزلق ووقع فانكسر المتاع ، فهو ضامن ، وصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته عند أول الحمل ولا اجرة له ، وان شاء ضمنه قيمته وقت الوقوع واعطاه من الاجرة بحساب ذلك •

٢٨٩٥ـ وكذلك الجواب ان تعمد الكسر •

٢٨٩٦ـ وقال زفر اذا تعمد الكسر لا خيار ويضمن في المكان الذى كسره ويعطيه الاجـر •

٢٨٩٧ـ وقيل ان قول ابي حنيفة اذا تعمد الكسر مثل قول زفر •

فصـــــل
استحقاق الأجرة

٢٨٩٨ـ وتستحق الاجرة بثلاثة اشياء :

أما أن يعجل الاجرة فيملك بالتعجيل أو يشترط التعجيل أو يستوفي المنفعة •

٢٨٩٩ـ وقد قالوا : لو استأجر ابلا الى مكة قال أبو حنيفة لايعطى الاجر حتى يرجع ، وفي قوله الآخر يعطي بحساب ذلك كلما سار ، وهو قولهما •

٢٩٠٠ـ وقال ابو يوسف في الامالي ليس له أن يعطيه حتى يذهب ثلث الطريق أو ربعـه •

فصـــــل
الاستئجار بطعام موصوف

٢٩٠١ـ واذا استأجر بطعام موصوف وبين الصفة لايصح حتى يبين موضع التســليم عند ابي حنيفة •

٢٩٠٢ـ وقال أبو يوسف ومحمد :

يسلم اليه عند الدار •

٢٩٠٣ـ ولو كان طعاما معينا سلم عند الطعام في قولهم جميعا •

فصـــــل
استئجار المكاتب ظئراً

٢٩٠٤ ـ واذا استأجر مكاتب ظئرا فعجز بطلت الاجارة ، لانه لايملك العقد

بعد العجز ، ولو كانت مكاتبة اجرت نفسها ظئرا أو أجرت أمتها ثم عجزت فالاجارة بحالها في قول ابي يوسف •

٢٩٠٥ـ وقال محمد تبطل الاجارة :

٢٩٠٦ـ ولو كانت أمة مأذونة اجرت نفسها فحجر عليها المولى فالاجارة صحيحة باقية الى آخر المدة ، لان العقد وقع للمولى في الابتداء •

فصل

اختلاف المؤجر والمستأجر في الدابة

٢٩٠٧ ـ واذا اختلف المؤجر والمستأجر فى الدابة :

فقال المستأجر استأجرتها الى بغداد بعشرة •

وقال المؤجر اجرتها الى القصر وهو نصف الطريق بخمسة عشر •

فعند ابي حنيفة في قوله الاول وهو قول زفر والحسن يقضي بالاجارة بخمسة عشر الى بغداد •

٢٩٠٨ـ وفي قول ابي حنيفة الآخر وهو قول ابي يوسف ومحمد يقضي بالعشرة الى بغداد •

فصل

تجاوز المكان الذي استأجر الدابة إليه

٢٩٠٩ـ واذا استأجر دابة الى مكان فجاوز ذلك المكان صار ضامنا •

٢٩١٠ـ فاذا رجع الى ذلك المكان برىء من الضمان في قول ابي حنيفة الاول ، وهو قول زفر ، وفي قولهما وهو قوله الآخر لايخرج من الضمان مالم يصل الى صاحبها •

٢٩١١ ـ وكذلك الخلاف فى العارية ، وفى الوديعة اتفقوا انه يبرأ •

فصل

ضمان مستأجر الفسطاط

٢٩١٢ـ واذا استأجر فسطاطا وسلمه الى غيره فهو ضامن في قول ابي يوسف •

٢٩١٣- وقال محمد لايضمن كمن استأجر دارا واجرها لغيره لايضمن •

فصـــــل

استئجار طريق في دار

٢٩١٤-واذا استأجر طريقا في دار رجل ولم يبين موضعه فالاجارة فاسـدة عند ابي حنيفة وتجوز عند أبي يوسف ومحمد ، لانها بمجهول فلا تجوز اجارته•

فصـــــل

استأجره ليضرب لبناً

٢٩١٥- واذا استأجره ليضرب له لبنا ، فضرب اللبن وطلب الاجرة ، فانها لاتجب حتى يشرح اللبن عند ابي يوسف ومحمد ، وتجب عند ابي حنيفة اذا أقامه لان الشـــرح زيادة عمل في اللبن على ضربه ، وبالقيام قد ثبت سلامته؟[١] فلا يجب مازاد •

فصـــــل

اختلافهما في رد الشيء المصنوع

٢٩١٦- واذا اختلف المستأجر والصانع فقال الخياط رددت الثوب عليك ، وقال رب الثوب لم ترد ، فالقول قول الصانع عند ابي حنيفة ، وقالا القول قول رب الثوب لانه أمين كالمودع وهما جعلاه كالغاصب •

باب

فيما يلزم المكري والمكتري

٢٩١٧- ويجب على المكري مايحتاج اليه للتمكن من الانتفاع كمفتـــاح

(١) توقفت نسخة قليج بعد كلمة (قد) عن اتمام العبارة ، أما نسخة المعهد فربما كانت عبارتها على نحو ما اثبتناه فانها مشكلة الخط •

الدار وزمام الجمال ، والبرة[1] التي في أنفه ، والحزام والثقب والسرج واللجام للفرس ، لان التمكن عليه لايحصل الا بذلك .

٢٩١٨ـ وان تلف شيء منه في يد المكتري لم يضمن، كما لايضمن المستأجر.

٢٩١٩ـ وعلى المكرى بدله لان التمكن يستحق عليه .

٢٩٢٠ـ وما يحتاج اليه كمال الانتفاع كالدلو والحبل والمحمل والغطاء فهو على المكتري .

فصل

٢٩٢١ـ واخلف فيما يشد به أحد المحملين الى الآخر .

فمنهم من قال هو على المكري لانه من آلة التمكن .

ومنهم من قال هو على المكترى لانه بمنزلة تأليف المحمل[1]

فصل

ما على المكتري

٢٩٢٢ـ وعلى المكتري اشالة الحمل وحطه وسوق الظهر[2] وقوده لان العادة انه يتولى ذلك .

٢٩٢٣ـ وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض ، لانه لايمكن ذلك على الظهر .

علف الظهر

٢٩٢٤ـ وعلى المكري علف الظهر وسقيه لانه من مقتضى التمكن .

---

(١) كذا ولم أجد لها ذكرا في مادة برز في لسان العرب ولكن ورد فيه في مادة برز : البزباز قصبة من حديد .

(١) أى مما يحتاج اليه لكمال الانتفاع وهو كما ذكر فى القاعدة السابقة على المكترى .

(٢) الظهر : الابل التى يحمل عليها ويركب ، ويقال : عند فلان ظهر أى ابل ، ويجمع على ظُهران بالضم ... وفلان على ظهر أى مزمع للسفر غير مطمئن كأنه قد ركب ظهرا لذلك (لسان العرب) .

فصـــــل

رد المستأجر

٢٩٢٥ـ واختلف في رد المستأجر بعد انقضاء الاجارة :

فمنهم من قال لايلزمه قبل المطالبة لانه أمانة في يده فلا يلزمه الرد كالوديعة.

٢٩٢٦ـ ومنهم من قال يلزمه لانه غير مأذون في امساكها بعد المدة كالعارية الموقتـــة .

فصـــــل

حدود ما يستعمل في المنفعة

٢٩٢٧ـ وللمستأجر ان يستعمل مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف ، وما دون ذلك من الانتفاع ، فلمن استأجر ان يدع المتاع ولا يسكن لانه دون السكن .

٢٩٢٨ـ واختلف هل له أن يدع فيها ما تتسارع اليه النار ؟

فمنهم من منع ذلك لان النار تثقب الحائط فتخرب الدار .

ومنهم من اجازه لان ذلك متعارف فى السكن .

ما ينتفع به من القميص المكترى

٢٩٢٩ـومن اكترى قميصا فليس له النوم فيه ليلا ، وجوز بالنهار ، لان الثوب يخلع ليلا .

فصـــــل

ما له أن يفعله في الظهر المستأجر

٢٩٣٠ـ وله أن يضرب الظهر ويكبحه باللجام وبالرجل لئلا يسقط للاستصلاح فان عطب من ذلك فعليه الضمان عند ابي حنيفة لان ذلك يباح بشرط الســـلامة وكضرب الزوجة[١] .

---

(١) قوله كضرب الزوجة أى ان المعيار واحد وهو شرط السلامة الــــــذى اشترطه أبو حنيفة . وقد جاء فى كتاب تأسيس انظر للدبوسي (ص ١٨) :

« الاصل عند ابي يوسف ومحمد (ر) ان ما حصل مفعولا باذن الشرع كان كأنه حصل مفعولا باذن من له الولاية من بنى آدم ، وعند ابى حنيفة يدرج فيهـا بشرط السلامة » .

٢٩٣١ـ وقالا لا ضمـان •

٢٩٣٢ ـواختلف فيه أصحاب الشافعي •

فصـــــل

استأجر ليزرع حنطة

٢٩٣٣ـ واذا استأجر ليزرع حنطة فله أن يزرع مثلها ، وما دونها فـي الضرر ، ولا يزرع مافوقها ، لان الدون قد يرد بعض حقه وما زاد لا يستحقه[١] •

فصـــــل

اكترى لحمل القطن

٢٩٣٤ـ ولو اكترى لحمل القطن لم يحمل عليه الحديد لانه اضر عـلى الظهر من القطن لاجتماعه وثقله •

فصـــــل

٢٩٣٥ ـ ولو اكراه للحديد فله أن يحمل القطن لانه اوطأ ، وقال الشافعي ليس له ذلك لان الريح تدخل فيه فتزيد ثقله •

فصـــــل

الإرداف

٢٩٣٦ ـ واذا أردف خلفه انسانا فعطبت الدابة فعلى الرديف •

لانه تلف بفعل مباح ومحظور ، وأن كانت بحيث لا يعقب احد لزمـــه الضمان جميعه لانه أتلف ذلك •

فصـــــل

زاد في الأوقرة

٢٩٣٧ ـ وان استأجره لحمل عشرة اوقرة فحمل عليه أحـد عشر وقرا

---

(١) مبدأ الكسب دون سبب •

فمنهم من أوجب عليه ضمان وقر واحد لانه تعدى فيه ، والباقي يستحقه ،ومنهم من قال بالزيادة خرج أن يستحق المنفعة المعقود عليها •

فصــــل

٢٩٣٨- وعلى هذا الاصل قال ابو حنيفة :

اذا شرب نبيذا فسكر فالمحرم هو الشربة الاخيرة لان عندها حصل السكر، وفيها وقع التعــدي •

٢٩٣٩ - وقال أبو يوسف يعتبر الجميع حراما لانها والذى قبلها وقع السكر (به) ، ولو انفردت لم تؤثر •

وكذلك قوله في الاجارة اذا زاد على المستحق •

فصــــل
إعارة المستأجر

٢٩٤٠- وله أن يستوفي المنفعة بنفسه ويعيره اذا كان دونه في الاستعمال •

باب

فسخ الإجارة

الفسخ بالعيب

٢٩٤١ـ وتفسخ الاجارة بالعيب الموجود بها الذي يؤثر في الانتفاع ، وفيما يحدث فيها لانها كالبيع وهذا بعقر الدابة وبجرحها وانقطاع الماء والشرب وفساد الدولاب والنهر وخراب الدار والدكان وموت العبد والدابة وجفاف لبن المرضعة وموت الصبي ، واذا افلس المستأجر وقام من السوق ، واذا باع القاضي الدار في دين عليه ، واذا برىء الضرس الذي يقلعه ، ومسائل كثيرة من هذا الجنس في بعضها خلاف ، وفي البعض وفاق •

فصل

غصب العين المستأجرة

٢٩٤٢ـ واذا غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر فان كان العقد على موصوف في الذمة طالب المؤجر باقامة عين مقامها ، وان كان على العين فللمستأجر أن يفسخ العقد لانه تأخر حقه فثبت له حق الفسخ •

٢٩٤٣ـ وان لم يفسخ وكانت الاجارة على عمل لم ينفسخ لانه يمكن استيفاؤه اذا وجده ، وان كانت على مدة فانقضت فعندنا قد انفسخت الاجارة ويرجع بالاجرة ان كان تسلمها وان لم يكن تسلم فلا شيء عليه •

٢٩٤٤ـ وللشافعي قولان :

أحدهما ينفسخ العقد ويرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب باجرة المثل •

والثاني لا ينفسخ بل يخير المستأجر بين الفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجره المثل ، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب باجرة المثل •

فصـــل

مصير البناء والغرس بعد انقضاء الإجارة

٢٩٤٥ـ واذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض بناء أو غرس ، لزم المستأجر قلع ذلك وتسليم الارض كما اخذها فارغة غير مشغولة .

٢٩٤٦ـ وقال الشافعي :

اذا شرط في العقد القلع عند الفراغ وجب عليه القلع ، وان اطلق العقد فالمؤجر بالخيار ان شاء طالبه بالقطع وضمن له النقصان الذي حصل بالقلع وان شاء اعطاه القيمة وملك الغرس ، وان شاء تركه باجرة المثل .

٢٩٤٧ ـ وهذا لا يصح لانه غير معهود في البناء والغرس فلا يستحق تبقيته في ملك المؤجر ، كما لو أجره داره وترك فيها متاعه فانه يكلف نقله كذلك هذا مثله ، والشافعي جعل ذلك كالزرع اذا انقضت المدة وهو في الارض ، والفرق بينهما ان الزرع له غاية ينتظر اليها فلا يضر به والغرس بخلافه وورد[1] ان الزرع كالثمرة فانا نترك ذلك باجر مثله .

٢٩٤٨ـ وكتاب الاجارة من الكتب الكبار ، وفيه كل عجيب من المسائل ، وفي هذا الذى ذكرت اشارة الى المقصود في الاصول ، والله الموفق .

واذ قد ذكر الاجارة ، وكانت المزارعة نوعا منها وجب ذكرها .

---

(١) كذا في نسخة قليج أيضا ولعل اصل الكلمة : ورد .

كتاب المزارعة

جواز المزارعة[1]

٢٩٤٩ ـ اعلم ان المزارعة عقد اختلف الفقهاء في جوازه وصحته في اصله •

٢٩٥٠ ـ فقال ابو حنيفة لا تجوز بحال •

٢٩٥١ ـ وقول الشافعي اذا انفردت الارض عن النخل والشجر •

٢٩٥٢ ـ وبه قال مالك •

٢٩٥٣ ـ وهو قول ابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت ورافع بن خديج من الصحابة رضى الله عنهم •

٢٩٥٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد وسفيان الثورى وابن ابى ليلى واحمد هى جائزة [2] •

٢٩٥٥ ـ وهو مذهب علي بن ابي طالب رضى الله عنه وعمار وابن مسعود رضي الله عنهما •

فصـــل

ما يجوز استئجار الأرض به

٢٩٥٦ ـ ويجوز إستئجار الارض بكل ما جاز ان يكون بدلا فى البيع وثمنا له لان البدل لا يختلف فى العقود •

٢٩٥٧ ـ وقال بعض الفقهاء والسلف لا تجوز الا بالدراهم والدنانير ، ولا تجوز بما يخرج منها •

٢٩٥٨ ـ واذا كان الخارج من الارض لا يمنع ان يكون عوضا فى البيع فكذلك الاجارة •

---

(١) فى خزانة الفقه لابي الليث السمرقندي (ص ٣١٢) • «قال أبو يوسف ومحمد (ر) جائزة اذا كانت معلومة ، وان يكون الخارج شائعا بينهما » •

(٢) وقد أخذ الطحاوي بذلك (ص ١٣٣ من مختصره) •

فصـــــل

شرط زراعة نوع بعينه

٢٩٥٩ ـ واذا شرط ان يزرع في الارض نوعا فزرع ما هو أقل ضـررا منه جاز .

٢٩٦٠ ـ وقال أهل الظاهر لا يجوز الا ما شرط خاصة .

فصـــــل

المزارعة على أربعة أوجه :

٢٩٦١ ـ وتفريع كتاب المزارعة على قول من اجازها فقال ابو يوسف ومحمد : المزارعة على اربعة اوجه : [فثلاثة اوجه منها تجوز المزارعة عليها ، ووجه منها لا تجوز المزارعة عليه][1] .

٢٩٦٢ ـ احدها اذا كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخـر جازت المزراعة لان رب الارض يستأجر العامل ببعض الخارج ، والبقر غــير مستأجر بل هو مع العمل فجازت المزراعة .

٢٩٦٣ ـ والثاني ان تكون الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد فهو جائز ايضا لان العامل مستأجر للارض ، والبقر غير مستأجر ، وانما يستعمله لنفسه وذلك لا يمنع صحة العقد .

٢٩٦٤ ـ والثالث أن تكون الارض والبقر والبذر لواحد والعمل من جهـة

---

(١) من مختصر الطحاوى (ص ١٣٣) .

(١) المزارعة عبارة عن عقد الزراعة ببعض الخارج ، وهـــو اجارة الارض والعامل ببعض الخارج (التحفة ٣ـ٣٦٠) وتسمى المخابرة بلغـة أهــل المدينة والمحاقلة ، ويسميها أهل العراق القراح (مجمع النهرين ٢ ـ ٤٨٠) وقد عرف ابن عرفه من المالكية المزارعة بانها شركة الحرث (البهجة فى شرح التحفة ٢/٢٠٣).

الآخر لانه مستأجر للعامل ببعض ما يخرج من الارض وذلك جائز ، والبقر فليس يستأجره لان الرجل لا يستأجر بقر نفسه وأنما يعمل بها •

٢٩٦٥ ـ والرابع : اذا كان البذر والعمل لواحد والارض والبقر للآخر فهي باطلة ، لان صاحب البذر هو المستأجر ، والبقر فى هذه المسألة مستأجر ببعض الخارج لانه تابع للعمل المعقود عليه وذلك لايجوز •

وقد روى عن ابي يوسف فى الاملاء ان هذا الوجه أيضا جائز لان العامل كالمضارب ، ولو دفع رب المال دابة يحمل عليها المتاع جاز ذلك فكذلك هذا •

فصل

جهالة المدة

٢٩٦٦ـ ولا تجوز عندهما على مدة غير معلومة كما لاتجوز الاجارة الا على مدة معلومة ، وكذلك كان القياس في البدل الآخر ، لكنه ترك للاثر والحاجة •

فصل

الشياع في جميع الخارج

٢٩٦٧ـ ولا تجوز الا أن يذكر اسم العامل على طريق الشياع في جميع الخارج كالعامل في المضاربة •

٢٩٦٨ـ وان شرط له من الريع قدرا معلوما فسدت المزارعة لانه يجوز أن لايخرج غير ذلك القدر ، فلايهما شرط ذلك فهو سواء في الفساد •

فصل

أجر العامل في المزارعة الفاسدة

٢٩٦٩ـ واذا فسدت المزارعة فللعامل أجر مثله ، ويكون الريع لصاحب البذر لانه مما ملكه ، وللآخر اجر عمله لانه به حصلت الفائدة •

فصل

لا شيء للعامل مع عدم الخارج

٢٩٧٠ـ وان لم يخرج في الارض شيء فلا شيء للعامل في المزارعة الصحيحة

لانه شرط له جزءا من الخارج ولم يحصل ، كما لايكون للمضارب منهما اذا لم يربح •

فصـــــل
البذر من رب الأرض

٢٩٧١ـ وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لانه لايزداد على ماشـــرط •

٢٩٧٢ ـ وقال محمد أجر مثله بالغا مابلغ لأنها عقد كالاجارة ، وقـد تقدم شأن ذلك •

فصـــــل
البذر من العامل

٢٩٧٣ـ وان كان البذر من قبل العامل فلرب الارض أجر مثلها لانالعامل استوفى منفعة الارض فكان عليه بدلهـا •

فصـــــل
امتناع صاحب البذر

٢٩٧٤ـ قالا : واذا عقدا المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبـر عليه ، وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل ، لان الـذى من قبله البذر لايتوصل الى الوفاء بالعقد الا باتلاف ماله الذى هو البذر فــلا يجبر عليه ، كمن استأجر رجلا لهدم داره ، لانه يلحقه ضرر فلا يلزمهالوفاء •

فصـــــل
انقضاء المدة والزرع لم يدرك

٢٩٧٥ـ واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على الزارع أجر مثل نصيبه من الزرع الى أن يستحصد لانه منتفع بملك غيره من غير اذن ، وذلك لايجوز بغير عوض ، وقلع نصيبه ضرر عليه ويمكن ايفاء الحقين بتبقيته الى وقت الحصـــاد •

فصـــــل
النفقة على الزرع

٢٩٧٦ ـ والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما .

٢٩٧٧ـ واجرة الحصاد والرفاع والدياس عليهما ، وكذلك التذرية لانهذا عمل بعد كمال الزرع فكان عليهما .

٢٩٧٨ ـ وما كان [من] بذر وسقي فعلى المزارع لانه معقود عليه ، وما كان بعد القسمة فعلى كل واحد منهما اجرة عمله .

فصـــــل
موت رب الأرض قبل الزرع

٢٩٧٩ـ واذا مات رب الارض قبل أن يزرع الزارع بعدما كرب وحفر الانهار بطلت المزارعة ، ولم يكن على ورثة الارض شيء لاجل الكراب وغيره ، لانه ليس في الفسخ اتلاف مال المزارع فلم تجز تبقية المزارعة حتى يستوفي حقه ، واما العمل فلم يقومه بالعقد ، وانما قومه بالخارج ولم يوجد ذلك[١] .

فصـــــل

٢٩٨٠ـ واذا شرط بعض الخارج لعبد احدهما والعبد مأذون له ، والبذر من قبل رب الارض والشرط لعبد رب الارض ولا دين عليه فانه يكون للمولى ، سواء شرط عمل العبد أو لم يشرط ، وان كان على العبد دين فان شرط عليه العمل جاز ، وان لم يشرط عليه العمل فما شرط للعبد يكون للدافع .

٢٩٨١ـ وان كان عبدالمزارع ، ولم يكن على العبد دين فما شرط للعبد

(١) هذه النتيجة المنطقية التي وصل اليها المؤلف يكمن وراءها فكرة اعتبارها العمل عرضا فلا يعوض مالم يترك أثرا أو يقيّم فتكون العبرة بما قيم به ، ولكن هذه النتيجة المنطقية لايخفى ماتجره من هدر لجهود الزارع لان العمل ان يكن من وجهة النظر الفلسفية عرضا لايبقى في زمانين ويفنى كلما وجد فانه من وجهة النظر الاقتصادية منفعة وجهد بذلا فافتقر المزارع بذلك وافاد رب الارض منه ، فكان على الورثة ان يعوضوا العامل عمله أو أن تبقى الاجارة الى نهاية الموسم فيقتسم العامل والتركة الناتج .

يكون للمزارع ، وان كان عليه دين فان شرط عليه العمل جاز وصار كأنه دفع المزارعة الى اثنين وان لم يشرط عليه العمل فان قياس قول ابي حنيفة ماشرط للعبد يكون لرب الارض والبذور •

٢٩٨٢ـ وفي قول ابي يوسف ومحمد ماشرط للعبد يكون لمولاه لان المولى يملك كسبه وان كان عليه دين ، وهذا اذا كان البذر من قبل الدافع •

فصل

التبن لمن؟

٢٩٨٣ـ وحكى الطحاوي في المختصر ان التبن لصاحب البذر عند محمد ، وروى عن ابي يوسف انه لايجوز حتى يكون التبن بينهما ، وروى ذلك في الاملاء ، ثم وجدنا محمدا قد رجع الى قول أبى يوسف •

فصل

الحصاد والدياس على من؟

٢٩٨٤ـ واذا شرط الحصاد والدياس على المزارع فالمزارعة فاسدة •

٢٩٨٥ـ وروى عن ابي يوسف انه يجوز ، وهو اختيار شيوخ خراسان وما وراء النهر لان العادة أن يفعل ذلك •

فصل

اختلاف الحصة باختلاف ميعاد الزرع

٢٩٨٦ـ وان دفع أرضا على أنه ان زرع في أول جمادي الاولى فللزارع

النصف ، وان زرع في آخره فله الثلث فالشرط الاول جائز ، والثاني باطل عند ابي حنيفة، على قياس قول من اجاز المزارعة ، وهو مثل اختلاف الاجارة فيكون عندهما الشرطان جائزين •

باب
اختلافهما القول لمن في حصة المزارع؟

٢٩٨٧ـ واذا اختلفا فقال الدافع شرطت لك النصف وقال المزارع النصف وزيادة عشرة أقفزة فالقول قول الدافع في قياس قول ابي حنيفة •

وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المزارع •

اختلافهما في العشر

٢٩٨٨ـ وان اختلفا في العشر فكله على رب الارض في قياس قول ابي حنيفة •

سرقة الزرع قبل حصاده أو بعده

٢٩٨٩ـ وان سرق الزرع بعدما حصد سقط عن رب الارض نصف العشر وعليه أن يغرم نصف العشر •

٢٩٩٠ـ وان سرق قبل الحصاد سقط عنه الكل •

٢٩٩١ـ وقول ابي يوسف ومحمد العشر عليهما على قدر الخارج والشرط، وان سرق سقط العشر ولا فرق فيما قبل الحصاد وبعده •

فصل
الغاصب يزرع الأرض

٢٩٩٢ـ والغاصب اذا زرع الارض فان لم ينقص فالعشر على الزارع أو الخراج عندهم جميعا ، وان نقصت الارض فالعشر والخراج على رب الارض عند ابي حنيفة ، لانه اخذ العوض عنها ، وعندهما على المزارع في جميع الاحوال •

واذ قد ذكرنا مسائل المزارعة وذكرنا بعضا من جملها وجب ذكر المساقاة•

كتاب المساقاة

وهذا كتاب المساقاة[1]

٢٩٩٣ ـ اعلم ان الخلاف في جواز المساقاة كالخلاف في المزارعة ، فأبو حنيفة لا يجيزها بحال .

٢٩٩٤ ـ وأبو يوسف ومحمد يجيزانها على شرائط منها ان تذكر مدة معلومة وجزء معلوم شائع من الثمر .

٢٩٩٥ ـ وهو قول الشافعي ومالك .

٢٩٩٦ ـ وسوى أبو حنيفة بينها وبين المزارعة في البطلان ، وسويا هما في الصحة والجواز .

٢٩٩٧ ـ وفرق الشافعي بين المزارعة وبين المساقاة فاجاز المساقاة وابطل المزارعة ، ولا فرق بينهما فيما ورد من الأثر والحاجة لأن النبي عامل بجزء من الخارج فاشبه المزارعة .

٢٩٩٨ ـ وقال أبو حنيفة ينبغي ان نأخذ بالنهى وقد روى عن النبي عليه السلام أنه نهى عن المخابرة[2] .

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة سقى «المساقاة في النخيل والكروم على الثلث والربع وما اشبهه .

يقال ساقى فلان نخلة أو كرمه اذا دفعه اليه واستعمله فيه على أن يعمره ويسقيه ويقوم بمصلحته من الآبار وغيره ، فما اخرج الله منه فللعامل سهم من كذا وكذا سهما مما تغله ، والباقي لمالك النخل ، وأهل العراق يسمونها المعاملة .

(٢) في لسان العرب في مادة خبر : الخبر والخبر : المزادة العظيمة والجمع خبور ... والخبراء منتقع الماء ، وخص بعضهم به منتقع الماء فى أصول السدر ، وقيل الخبراء القاع ، ينبت السدر ، والجمع الخبارى والخبارى مثل الصحارى والصحارى ... وخبراء الخبرة شجرها ، وقبل الخبر منبت السدر فى القيعان ، والخبراء قاع مستدير يجتمع فيه الماء وجمعه خبارى.. الليث : الخبراء شجراء فى بطن روضه يبقى فيها الماء الى القيظ ، ومنها ينبت الخبر وهو شجر السدر والاراك وحواليها عسب كثير وتسمى الخبرة والجمع

٢٩٩٩ ـ قال ابن الاعرابي ذلك مشتق من معاملة أهل خيبر ثم صارت بعد مستعملة حتى يقال للاجارة مخابرة[1] وهما في معنى واحد فاذا ابطل احدهما بطل الآخر •

فصل

٣٠٠٠ ـ واجازها الشافعي على النخيل والكرم فى قوله الجديد ، وقال في القديم تجوز على كل الثمار ، وهو قول ابي يوسف ومحمد •

٣٠٠١ ـ ومن الناس من قال لا تجوز الا على النخل •

٣٠٠٢ ـ لأنها شجرة كالنخل •

فصل

٣٠٠٣ ـ واجاز أبو يوسف ومحمد المساقاة على الثمرة القائمة •

٣٠٠٤ ـ وهو قول الشافعي في الأم ، لأنه اذا جاز على المعدوم فعلى الموجود أولى •

٣٠٠٥ ـ وقال الشافعي في (مختصر) البويطي لاتجوز لان المساقاة عقد على غرر ، وانما أجيز على المعدوم للحاجة •

الخبر وخبر الخبرة شجرها ••• والخبر ان تزرع على النصف والثلث من هذا وهي المخابرة •• واشتقت من خيبر لانها أول ما اقتطعت (كذا وهذا الاشتقاق محل نظر) والمخابرة المزارعة ببعض مايخرج من الارض وهو الخبر أيضا بالكسر• وفي الحديث : كنا نخابر ولا نرى بأسا حتى اخبر رافع ان رسول الله (ص) نهى عنها ، وفي الحديث انه نهى عن المخابرة ، قيل هي المزارعة على نصيب معين كالثلث والربع وغيرهما ، وقيل هو من الخبار الارض اللينة •• وقال اللحياني هي المزارعة فعمّ بها ، والمخابرة أيضا المؤاكرة والخبير الاكار •• والخبر الزرع والخبير النبات ، والخبير يقع على الوبر والزرع والاكار والخبير الوبر •• والخابور نبت أو شجر •• والخابور نهر أو واد بالجزيرة وقيل موضع بناحية الشام •

(١) في نسخة فليج (للاخارجة) وهو غلط وقع فيه ناسخ نسخة المعهد ولعل صواب العبارة حتى يقال للمزارعة مخابرة •

فصـــل

٣٠٠٦ ـ واذا دفع نخله مساقاة ولم يذكر المدة حمل على الثمرة التي تخرج في السنة استحسانا عندنا •

٣٠٠٧ ـ وقال الشافعي لا تصح المساقاة •

فصـــل

مساقاة في أحد القراحين

٣٠٠٨ ـ ولا تجوز على ثمرة نخل غير معلوم بان يقول ساقيتك في أحـد القراحين[1] أما هذا او هذا ، لأنه (مجهول) عندنا فلا يصح مع الجهالة كالبيـع والاجـارة •

فصـــل

لا مساقاة على ما لا حمل له

٣٠٠٩ ـ ولا يصح على شجر لا حمل له ولا يرجى ذلك منه لأنه لا عوض يسلم للعامل من حيث الظاهر •

فصـــل

حدوث الثمرة بعد المدة

٣٠١٠ ـ ولو ساقى عشرة سنين فانقضت المدة ثم اطلعت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء المدة •

٣٠١١ ـ وان اطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهى طلع او بلح تعلق بها حق العامل لانها حدثت فى المدة •

فصـــل

لا تصح المساقاة إلا على جزء معلوم

٣٠١٢ ـ ولا تجوز (المساقاة) الا على جزء معلوم كالنصف والربع ومـا

---

(١) فى لسان العرب فى مادة قرح : القراح:الماء الذى لايخالطه ثفل من سويق ولا غيره ، وهو الماء الذى يشرب اثر الطعام ٠٠٠ والقراح من الارضين كل قطعة على حيالها من منابت النخل وغير ذلك والجمع اقرحـة كقـذال واقذلة قال أبو حنيفة : القراح الارض المخلصة لزرع أو لغرس ، وقيل القراح المزرعة التى ليس عليها بناء ولا فيهـا شجر ، الازهرى : القراح من الارض البارز الظاهر الذى لا شجر فيه ، وقيل القراح من الارض التى ليس فيها شجر ولم تختلط بشىء•

يجري هذا المجرى من الاجزاء المعلومة ، لحديث ابن عمر انه عامل على شطر الثمرة ، والشطر النصف في ظاهر اللغة .

فصـــل

٣٠١٣ ـ ويجوز عندهما على سائر الشجر والنبات والرطبات وأصول الباذنجان لأن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف الثمر ، وهي بلاد لا تخلو من سائر ما ذكرناه ، ولانها [١] جازت للضرورة ، وهذا موجود فيما ذكرنا .

فصـــل

تناهي التمر

٣٠١٤ ـ وان كانت الثمرة تزيد بالعمل جازت المساقاة ، وان كانت قد تناهت لم تجز ، لأنها ان زادت فقد وجد العمل الذى تزيد به فصحت ، وفى الثاني بخلافه .

فصـــل

٣٠١٥ ـ ويكون للعامل أجر مثله لأنها اجارة فاسدة .

فصـــل

بطلانها بالموت

٣٠١٦ ـ وتبطل عندهما بالموت .

فصـــل

الاغترار

٣٠١٧ ـ وتفسخ بالاغترار كما تفسخ الاجارة .

٣٠١٨ ـ وقال الشافعي لا تبطل ، كما لا تبطل الاجارة عنده .

فصـــل

دفع الشريك نخله مساقاة

٣٠١٩ ـ وقالا : لو دفع آحد الشريكين الى شريكه نخلة مساقاة ، لم يجز

٣٠٢٠ ـ وقال الشافعي لا تصح الا على عمل معلوم .

وان عمل لم يستحق الأجرة لأنه عمل في ملك نفسه فلا يجب له اجرة على غيره .

---

(١) في النسختين (ولا) .

فان قال : أن سقيته بالسيح فلك الثلث وأن سقيته بالناضح[1] فلك النصف لم يجز لانه عقد على مجهول .

فصــــل
ما تنعقد به المساقاة من الألفاظ

٣٠٢١ ـ وتنعقد بلفظ المساقاة وبما يؤدى الى معناه ، لان القصد فيه المعنى دون اللفـــظ .

فصــــل
خيار الشرط في المساقاة

٣٠٢٢ ـ ولا يثبت عند الشافعى فيها خيار الشرط ، لانه اذا فسخ لا يمكن رد المعقود عليه .

فصــــل
خيار المجلس

٣٠٢٣ ـ وفى خيار المجلس لاصحابه وجهان .

فصــــل
معيار ما ينبغي على العامل عمله

٣٠٢٤ ـ وعلى العامل أن يعمل بما فيه مستزاد فى الثمرة من التلقيح وضرب الجريد واصلاح الاجاجين [1] وتنقية السواقى والسقر [2] (كذا) وقلع

---

(١) فى لسان العرب فى مادة نضح : النضح سقى الزرع وغيره بالسانية، ونضح زرعه سقاه بالدلو ، والناضح البعير أو الثور أو الحمار الذى يستقى عليه الماء والانثى بالهاء ناضحة وسانية .

(١) فى نسخة قليج : الاجابة ولا معنى لها . وفى لسان العرب فى مادة اجن : الآجن الماء المتغير الطعم ... والاجانة والانجانة والاجانة ، الاخيرة طائية ، عن اللحياني : المركن . وافصحها اجانة واحدة الاجاجين وهو بالفارسية اكـانة وفي مادة ركن : المركن بالكسر الاجانة التي تغسل فيها الثياب ونحوها .

(٢) فى نسخة قليج فراغ والظاهر انها الشجر .

الحشيش المضر بالنخل وعلى رب النخل ما فيه حفظ الاصل من سد الحيطان ونصب الدولاب وشراء الثيران ، لان ذلك يراد لحفظ الاصل •

٣٠٢٥ ـ واختلف فى الجذاد واللقاط فمنهم من قال لا يلزم العامل بل يكون عليهما ، كما يكون الحصاد عليهما لان ذلك يحتاج اليه بعد الكمال ، ومنهم من قال يلزم العامل لانه لا تستغنى الثمرة عنه •

فصل

٣٠٢٦ ـ وأن شرط أن يعمل معه غلمان رب الارض لم يصح لان عمل الغلام كعمل المالك •

٣٠٢٧ ـ ومنهم من قال يجوز لانهم ماله فهم كالثور والدولاب •

فصل

متى تملك الثمرة

٣٠٢٨ ـ ويملك العامل الثمرة بالظهور ، كما يملك فى المضاربة •

٣٠٢٩ ـ ومن أصحاب الشافعى من خرج ذلك على القولين فى العامل فى المضاربة •

٣٠٣٠ ـ ومنهم من قال : يملك فى المساقاة قولا واحدا لان الثمرة لم تجعل وقاية لرأس المال •

فصل

العامل أمين

٣٠٣١ ـ والعامل أمين فيما يدعى عليه من هلاك أو خيانة لان رب المال ائتمنه فى ذلك فهو كالمودع •

فصل

ثبوت خيانة العامل

٣٠٣٢ ـ واذا ثبتت خيانة ضم اليه من يحفظه ، ولاتزال يده لان العمل مستحق عليه •

فصل

٣٠٣٣ ـ وأن هرب رجع الامر الى الحاكم ليستأجر عنه من يعمل عنه بدله [١] .

فصل

٣٠٣٤ـ واذا عمل العامل ، وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل ، رجع العامل على من ساقاه بالاجرة لان الغرض[٢] لم يسلم له ، وقد غره فلزمه الضمان[٣] .

فصل
اختلافهما في العوض

٣٠٣٥ـ واذا اختلفا في العوض المشروط فقال العامل : شرطت النصف ، وقال رب العمل شرطت الثلث ، فقياس قول ابي حنيفة ان يكون القول قول رب النخل .

٣٠٣٦ـ وقياس قولهما أن يكون القول قول العامل كما قالا في المزارعة .

٣٠٣٧ـ وعند الشافعي يتحالفان قياسا على البيع .

٣٠٣٨ـ وعندنا القياس في البيع ان لا تحالف وانما تركناه للاثر .

٣٠٣٩ـ واذ قد ذكرنا عقود المعاوضة من الطرفين وجب ذكر ماليس له عوض من أحدهما وهذا يكون في الهبة .

---

(١) هذا التطبيق جزئية من قاعدة عامة فى تنفيذ الالتزام جبرا على المدين عندما يكون في الامكان تنفيذه باستئجار غيره عليه ليعمل بدله على أن يكون ذلك بقرار من الحاكم .

(٢) اى الغرض المقصود فى العقد .

(٣) مسؤولية العاقد عن فوات الغرض من العقد اذا فات هذا الغرض بتغرير من الطرف الآخر ، حيث تتحقق المسؤولية العقدية بحيث يمكن القول كقاعدة عامة ان العاقد يلتزم بضمان العقد كلما فات الغرض المقصود بتغريره الطرف الآخر و تقصيره في تنفيذ ماعليه .

ما ليس له عوض من أحدهما من العقود

جواز الهبة

كتاب الهبة

٣٠٤٠ ـ أعلم ان الهبة [١] فى الجملة عقد جائز فى الشرع •

تعريف

٣٠٤١ـ وهى عقد فى سائر الازمانجائز ، وان اختلف فى شروطها ومواضع صحتها وهي عقد على مال من أحد الطربين وثواب من الجانب الآخر [٢] •

الندب إلى الهبة

٣٠٤٢ـ وهي مندوب اليهـا •

وقد روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :

ـ تهادوا وتحابوا •

وهي للاقارب أفضل كما رو ىعبدالله عن عمر قال :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

ـ الراحمون يرحمهم الله ، ارحموا اهل الارض يرحمكم اهل السماء ،

---

(١) في لسان العرب : الهبة العطية الخالية عن الاعواض والاغـراض ، فاذا كثرت سمي صاحبها وهابا ، وهو من ابنية المبالغة ، غيره الوهاب من صفات الله المنعم على العبـاد والله تعـالى الوهاب الواهب ، وكل ماوهب لك من ولـد وغيره فهو موهوب والوهوب الرجل الكثير الهبات ، ابن سيده : وهب لك الشيء يهبه وهبا ووهبا بالتحريك وهبة • والاسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما ، ولا يقال وهبكه ، هذا قول سيبويه •• والاستيهاب سؤال الهبة ، واتهب قبـل الهبة ، واتهبت منك درهما افتعلت من الهبة ، والاتهاب قبول الهبة واصله اوتهب فقلبت الواو تاء وادغمت في تاء الافتعال مثل اتزن واتعد من الوزن والوعد •

(٢) الظاهر ان هذه الحملة مقتضة اقتضابا مخلا وان المقصود بها ان الهبـة « عقد على مال من أحد الطرفين دون عوض من الطرف الآخر ، وقد تكون عـلى مال أحد الطرفين وثواب من الجانب الآخر » •

الرَحِم شِجنَة فمن وصلها وصله الله ، ومن قطعها قطعه الله[1] •

٣٠٤٣ـ واجمعت الامة على جواز الهبة •

فصـــل
الإيجاب والقبول

٣٠٤٤ ـ وتفتقر الى ايجاب وقبول ، ولا تصح بغير ذلك •

٣٠٤٥ـ وقد قال الاصم وصاحبه تصح بغير قبول ، وهو قول الحسن والشعبي ، كما تصح البراءة والعتق بغير قبول لانه اسقاط حق فلا تفتقر الى قبول كالعتق •

٣٠٤٦ـ وهذا لايصح لانه عقد تمليك فافتقر الى ايجاب وقبول كالبيع والنكاح •

فصـــل
القبض في الهبة

٣٠٤٧ ـ ولا تلزم من غير قبض « وبه قال الشافعي ، ومالك قال تلزم من غير قبض »[2] كما يلزم البيع ولانها عقد تبرع فافتقر الى معني آخر ينضم اليه كالوصية •

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة شجن تعليقا على هذا الحديث النبوي : « وفي الحديث الرحم شجنة من الله معلقة بالعرش » تقول : اللهم صل من وصلني واقطع من قطعني ، اى الرحم مشتقة من الرحمن تعالى ، قال أبو عبيدة يعنى قرابة من الله مشتبكة كاشتباك العروق ، شبهه بذلك مجازا ، واصل الشجنة بالكسر والضم شعبه من غصن من غصون الشجرة والشَجْنة لغة فيه عن أبي الاعرابي •

(٢) في مسئلة القبض في الهبة تفصيل ذكره ابن رشد في بداية المجتهد (٢٧٣/٢) حيث جاء فيه « ان العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا ؟

فاتفق الثورى والشافعي وابو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض ، وانه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب •

فصـــــل

القبض في المجلس

٣٠٤٨ـ واذا وهب عينا فقبضها في المجلس بغير اذن ملكها ، وفي روايـة انه لايملكها حتى يأذن له في القبض •

٣٠٤٩ـ ومن أصحابنا من قال في ذلك قياس واستحسان ، القياس ان لايملك وبه قال الشافعي لان القبض في الهبة يقف عليه تمام العقد فهو كالقبول والاستحسان أن المقصود بالهبة التمليك والعقد اذن فما يتم به الملك كالايجاب اذن في القبول •

القبض بعد المجلس

٣٠٥٠ـ ولا يجوز أن يقبض بعد المجلس الا باذن في قولهم جميعا ، لان ذلك يجرى مجرى القبول ولا يصح القبول بعد التفرق ، كذلك هذا •

٣٠٥١ـ وان اذن له في القبض فقبض بعد التفرق ففيه قياس واستحسان ، القياس ان لايصح لان الاذن لايثبت حكمه بعد التفرق كما لايثبت حكم القبول ، والاستحسان أن يجوز كما لو اذن له في قبض البيع جاز بعد التفرق كذلك هذا ، وفيه خبر مروى •

فصـــــل

ما تجوز هبته

٣٠٥٢ـ وكل عين تجوز هبتها يجوز بيعها وليس كل ماجاز بيعه تجـــوز

وقال مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، فان تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى افلس الواهب أو مرض بطلت الهبـــة ، وله اذا بـــاع تفصيل : ان علم فتوني لم يكن له الا الثمن وان قدم في الفور كان له الموهوب•

فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة ، وهو عند الشافعي وابي حنيفة من شروط الصحة ، وقال احمد وابو ثور تصح الهبـة بالعقد وليس القبض من شروطها اصلا ، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة ، وهو قول أهل الظاهر » •

هبته لان هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لاتجوز عند أبي حنيفة ، وتجوز عند الشافعي ، والدين في الذمة تجوز هبته ولا يجوز بيعه من غير من هو عليه .

فصل

هبة ما لم يره

٣٠٥٣ـ وهبة مالم يره جائزة اذا سلم الموهوب اليه ، لانه يجوز في البيع عندنا .

٣٠٥٤ـ وقال الشافعي مالا يجوز هبته من المجهول لايصح [بيعه]وكذلك كل مالا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض لانه يقصدا به الملك كالبيع[١] .

فصل

التعليق على شرط مستقبل

٣٠٥٥ ـ ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل كالبيع .

فصل

وجوب القبول في المجلس

٣٠٥٦ ـ والقبول في الهبة على المجلس [٢] .

٣٠٥٧ـ ومن أصحاب الشافعي من قال ، هو على الفور ، قالوا وهو الصحيح .

٣٠٥٨ ـ وقال أبو العباس يصح على التراخي .

---

(١) لم يوفق السمنانى فى الاقتصار عى رواية المنهب الشافعى والحنفى وبيان اختلافهما . فى ما يجوز هبته ، وكان يجدر به بيان حكم ذلك فى المنهب المالكى حيث جاء فى بداية المجتهد (٢/٢٧٣) قوله « ولا خلاف فى المنهب فى جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصلح بيعه فى الشرع من جهة الغرر » .

(٢) فى نسخة منيخ : بالمجلس .

فصــــل
ألفاظ الهبة

٣٠٥٩ـ وتصح بلفظ الهبة بان تقول وهبت لك او اعطيتك او ملكتك او نحلتك او منحتك او ابحتك او اعمرتك فكل ذلك جائز •

فصــــل
العمري[١]

٣٠٦٠ ـ وقال الشافعى ان قال : اعمرتك هذه الدار حياتك أو جعلتها لـك عمرك ولعقبك من بعدك فهذه عطية صحيحة تتم بالايجاب والقبول وتملـك بالقبض كما نقول نحن فى ذلك ، لان عليه السلام قال :
ايما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا ترجع الى الذى اعطاهـا ، ولانه اعطى عطاء وقع فى المواريث [٢] •

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة عمر :
« العمري ماتجعله للرجل طول عمرك أو عمره • وقال ثعلب : العمري ان يدفع الرجل الى أخيه داراً ويقول : هذه لك عمرك أو عمري ، اينا مات دفعـت الدار الى اهله ، وكذلك كان فعلهم فى الجاهلية ، وقد عمرته اياه واعمرته جعلته له عمره أو عمري ، والعمري المصدر من كل ذلك كالرجعي •
وفى الحديث «لاتعمروا ولا ترقبوا ، فمن اعمر دارا أو ارقبها فهى لهولورثته من بعده» وهى العمـــري والرقبـــي ، يقال : أعمـرته الدار عمرى أى جعلتها له يسكنها مدة عمره ، فاذا مات عادت الى ، وكذلك كانوا يفعلون فـــى الجاهلية ، فابطل ذلك ، واعلمهم أن من أعمر شيئا أو أرقبه في حياته فهو لورثته من بعده•
قال ابن الاثير : وقد تعاضدت الروايات على ذلك ، والفقهاء فيها مختلفون، فمنهم من يعمل بظاهر الحديث ويجعلها تمليكا ، ومنهم من يجعلها كالعـــــادية ويتأول الحـــديث •
قال الازهري : والرقبي أن يقول للذي أرقبها : ان مت قبلي رجعت الى ، وأن مت قبلك فهي لك ، واصل العمري مأخوذ من العمر ، واصل الرقبي مـــن المراقبة ، فابطل النبي (ص) هذه الشروط ، وامضى الهبة •
قال : وهذا الحديث أصل لكل من وهب هبة فشرط فيها شرطا بعدمـــا قبضها الموهوب له أن الهبة جائزة والشرط باطل •
(٢) صححنا عبارة الحديث كما وردت فى نسخ الروضة بالرجـــوع الى ما جاء فى بداية المجتهد (٢ـ٢٧٢) •

٣٠٦١ ـ وان قال :

اعمرتك هذه الدار حياتك ، ولم يشترط شيئا ففيه قولان :

القديم هو باطل .

والجديد هو جائز صحيح ، وهو قولنا يكون للمعمر في حيازته ولورثته بعده وهو الصحيح لخبر جابر لان الاملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك[1].

٣٠٦٢ـ فان قال :

اعمرتك حياتك فان مت عادت الى ان كنت حيا والى ورثتي ان كنت ميتا فعلى قولين :

أحدهما يصح ويبطل الشرط وهو قولنا .

والثاني يبطل لانه قد نفى مقتضى العقد .

فصل

الرقبي[1]

٣٠٦٣ـ وأما اذا قال :

أرقبتك هذه الدار ، أو : داري لك رقبي ، وهي ان يقول ان مت قبلي عادت الى ، وان مت قبلك فهي لك .

قال ابو حنيفة ومحمد ذلك باطل ، ولا يملك .

٣٠٦٤ـ وقال ابو يوسف جائز .

---

(١) أي ان الاصل في الملك المستقر الديمومة .

(١) جاء في لسان العرب في مادة رقب :

« الرقبي ان يعطى الانسان لانسان دارا أو أرضا ، فايهما مات رجع ذلك المال الى ورثته ، وهي من المراقبة ، سميت بذلك لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه .

وقيل الرقبي ان تجعل المنزل لفلان يسكنه فان مات سكنه فلان ، فكل واحد منهما يرقب موت صاحبه ، وقد أرقبه الرقبي .

وقال اللحياني : ارقبه الدار جعلها له رقبى ولعقبه من بعده بمنزلة الوقف . ويقال ارقبت فلانا وانا مرقب . ويقال ورث فلان مالا عن رقبة اي عن كلالة لم يرثه عن آبائه . وورث مجدا عن رقبة اذا لم يكن آباؤه امجادا ..

٣٠٦٥ـ وهو قول مالك •
واحد قولي الشـــافعي •

فصـــــل

العطية لبعض الولد

٣٠٦٦ـ ويكره أن يخص بعض ولده بالعطية فان فعل جاز •

٣٠٦٧ـ وقال بعض الفقهاء لايجوز •

٣٠٦٨ـ وقد روى خبر النعمان بن بشير مختلفا فروى فيه انه قال : اكل ولدك فعلت به هكذا ؟ فقال لا ، فقال : اشهد غيرى ، وهذا يدل على الجـــواز وروى أنه قال : لا أشهد على جور [١] •

فصـــــل

التسوية بين الأولاد في الهبة

٣٠٦٩ـ وقال ابو يوسف : تستحب له التسوية بينهم •

٣٠٧٠ـ وقال محمد يجريهم مجرى المواريث •

باب الرجوع في الهبة

فصـــــل

٣٠٧١ـ ومن وهب لذى محرم منه فليس له أن يرجع فيما وهب •

٣٠٧٢ ـ وقال الشافعي يرجع الاب والجد والام والجدة ولا يرجع سـائر الاقارب المحرم مناكحتهم لاجل النسب كالاخ والاخت •

فصـــــل

رجوع الأجنبي فيا وهب

٣٠٧٣ ـ ويرجع الاجنبي فيما وهب [٢] •

---

(١) جاء في بداية المجتهد (٢ـ٢٧٢) ان حديث النعمان بن بشير « متفـــق على صحته وان كان قد اختلف في الفاظه • والحديث انه قال ان اباه بشيرا اتى به الى رسول الله (ص) فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى ، فقال رسول الله (ص) اكل ولدك نحلته مثل هذا ؟ قال لا ، قال رسول لله (ص) فارتجعه • واتفق مالك والبخارى ومسلم على هذا اللفظ ••• »

٣٠٧٤ـ وقال الشافعي لايرجع الاجنبى بحال ، لانه عقد تبرع فجاز الرجوع فيه كالعارية •

فصل

لا رجوع لأحد الزوجين فيما وهب

٣٠٧٥ـ ولا يرجع احد الزوجين فيما وهب •

٣٠٧٦ـ خلاف مالك في الزوجة انها ترجع دون الزوج •

٣٠٧٧ـ لانها احد الزوجين فلا ترجع فيما وهبت كالزوج •

فصل

الرجوع في هبته لأخيه

٣٠٧٨ـ واذا وهب لاخيه وهو عبد فله ان يرجع فيها في قولهم جميعا •

٣٠٧٩ ـ وأن وهب لعبد أخيه هبة فله الرجوع عند أبى حنيفة •

٣٠٨٠ـ وعند ابي يوسف ومحمد لايرجع لان الملك يحصل للاخ •

فصل

هبة المشاع

٣٠٨١ـ واذا وهب لرجلين دارا أو ألف درهم او كلما يحتمل القسمة لم يجز عند ابي حنيفة لانه هبة مشاع فيما يحتمل القسمة •

---

(٢) ذكر السمنانى قاعدة عدم جواز الرجوع (الاعتصار) فى الهبة ههنا وذكر قبل ذلك فى الرقم (٣٠٧١) حكم الاستثناء من هذه القاعدة وادق من هذه الصياغة قول ابن رشد فى بداية المجتهد (٢/٢٧٦) « وقال أبو حنيفة لكل احد ان يقتصر ما وهبه الا ما وهب لذى رحم محرمة عليه » •

٣٠٨٢ ـ وعند ابي يوسف ومحمد يجوز وهو قول الشافعي[1] •

٣٠٨٣ـ واتفقوا انه لو وهب نصف عبد او مالا يقسم انه يجوز •

٣٠٨٤ـ ولو تصدق بعشرة دراهم على غنيين فهو مثل الهبة عند ابي حنيفة• وان كانا فقيرين جاز •

٣٠٨٥ـ وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في الوجهين ، لان الملك يخرج جملة واحدة من مال الواهب •

فصل

٣٠٨٦ ـ ولو وهب لاحدهما الثلث وللآخر الثلثين لم يجز عند أبي حنيفة وابي يوسف •

٣٠٨٧ـ وجاز عند محمد •

٣٠٨٨ ـ فرق أبو يوسف بين هذه المسئلة والتى قبلها ، لان هذا غير مطلق العقد ، لان مطلق العقد يقتضي التساوى •

٣٠٨٩ـ ومحمد يقول هذا تفسير لما تناوله العقد فهو كما لو قال : لك النصف وله النصف •

فصل

هبة الدين والاذن بقبضه

٣٠٩٠ـ واذا وهب دينا على رجل واذن له في قبضه جاز استحسانا • والقياس ان لايجوز •

٣٠٩١ـ لانه حق مادام في الذمة فلا تجوز هبته كالمنافع •

ووجه المذهب ان قبضه يقوم « مقام » [2] قبض الواهب فيصير كأنه قبض ووهب •

---

(١) وهو ايضا قول مالك واحمد وابى ثور (بداية المجتهد ٢/٢٧٣) •

(٢) ما بين قوسين من نسخة منيخ •

فصـــــل
هبة دقيق في حنطة إلخ

٣٠٩٢ ـ وان وهب دقيقا في حنطة أو دهنا فـي سمسم لم تجز الهبة ، وان طحن أو استخرج الدهن لان الفساد فى نفس المعقود عليه ، ولهـــذا لا يجوز العقد عليه في غير الهبـة •

فصـــــل
العين في يد الموهوب له

٣٠٩٣ـ واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها ولا يحتاج الى تجـديد قبض استحسانا ، والقياس ان لايجوز حتى يخلي بين نفسه وبين الهبة •

٣٠٩٤ـ لان القبض السابق يستدام حكمه ، وهو موجود عقب العقد ، وهذا في الوديعة وكل ماهو امانة ، وان كان مضمونا كالغصب صار قابضا بنفس العقد •

٣٠٩٥ ـ وقد قالوا فى الوديعة اذا باعها من المودع ان يحتاج الى أن يمضي زمان يصير به قابضا بأن يخلى بين نفسه وبينها ، لان يد المودع يد لمودعه •

٣٠٩٦ـ وقالوا في العين المغصوبة تدخل في ضمانه بنفس العقد لانه قبض مضمون فهو كالمقبوض لاجل البيع •

فصـــــل
الرجوع في هبة تصدق بها الموهوب له

٣٠٩٧ـ واذا وهب الرجل ثوبا او عبدا فجعله الموهوب له صدقة جـــاز للواهب الرجوع عند ابي حنيفة ومحمد •

٣٠٩٨ـ وقال ابو يوسف لايجوز له الرجوع لانه زال ملكه بذلك واستحق عينه ، وعند ابي حنيفة له ان يبدله بغيره فلم يلزم الحق فيه •

فصـــــل
ما يفتقر إليه الرجوع في الهبة

٣٠٩٩ـ والرجوع في الهبة يفتقر الى قضاء او رضاء ، ولا يملك الرجوع بمجـرد قوله •

٣١٠٠ـ خلاف ماقاله الشافعي انه يملك ، لان هذا مختلف فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسوخ المختلف فيها[1] .

فصـــــل
تكييف الرجوع في الهبة

٣١٠١ـ وهل ذلك تمليك مبتدأ او فسخ العقد ؟

فيه روايتـــان .

٣١٠٢ـ وفائدة ذلك اذا رجع في الهبة والموهوب له مريض ، فان كـــان بقضاء جاز وان كان برضاء فهو بمنزلة هبة مبتدأه تعتبر من ثلثه ، وتبطـــل ان كان عليـــه دين .

٣١٠٣ـ وفي الرواية الاخرى ، وسواء بين القضاء والرضا .

فصـــــل
هل يجمع بين الهبة والصدقة في مال بعينه؟

٣١٠٤ـ رجل اعطى رجلا دارا على أن نصفها هبة ونصفها صدقة فهـــو جائز عند ابي حنيفة .

٣١٠٥ـ وقال زفر لايجوز لان الهبة والصدقة سواء في القبض .

فصـــــل
تعلم العبد الموهوب زيادة تمنع الرجوع

٣١٠٦ـ واختلف في العبد اذا تعلم الخبز والكتابة او القرآن هل يمنـــع الرجوع في الهبة أم لا ؟

قال أبو يوسـف يمنع الرجوع .

٣١٠٧ـ وقال زفر لايمنع ، ذكره في اختلاف زفر ، لان التعليم زيادة فيه فهو كما لو زاد في عينه .

---

(١) يفهم من هذا ان القاعدة ان ماكان مختلفا فيه من الاحكام والمسائل يرجع في التمسك بها واعمالها الى حكم الحاكم ان لم يقع الطرفين تراض .

فصـــــل

اختلافهما في الزيادة

٣١٠٨ـ واذا اختلفا فقال الواهب وهبت العبد لك كبيرا •

وقال الموهوب له : وهبتني صـغيرا فكبر ومهزولا فسـمن فلا رجوع لك على فيه فالقول قول الواهب في قول ابى حنيفة وابى يوسف ومحمد •

٣١٠٩ـ وقال زفر : القول قول الموهوب له •

٣١١٠ـ واتفقوا انهما لو اختلفا في الصبغ فقال الواهب وهبته مصبوغـا ، وقال الموهوب له انا صبغته ان القول قول الموهوب له لان الصبغ زيادة غير حاضرة•

فصـــــل

قبض الأب ووصية للصغير إلخ

٣١١١ـ ويقبض الاب لابنه الصغير من نفسه ومن غيره ، وكذلك وصي الاب بعده والجد ووصيه ، وسائر من له ولاية على الصبي •

٣١١٢ـ ويجوز قبض الام له اذا كان في حجرها •

٣١١٣ـ ولا يجوز قبض من ليس في حجره وان كان ذا رحم له محرما•

قبض الصغير لنفسه

٣١١٤ـ وان قبض الصبي لنفسه وهو يعقل جاز قبضه •

٣١١٥ـ وان قبض في حال حياة الاب جاز استحسانا والقياس أن لايجـوز لان عليه ولاية لغيره •

فصـــــل

موانع الرجوع

٣١١٦ـ ويمنع الرجوع : الزيادة المتصلة ، والعوض وموت احد المتعاقدين وخروج الشيء من ملك الموهوب له ، وما يجرى هذا المجرى •

فصـــــل

هبة اثنين لواحد وواحد لاثنين

٣١١٧ـ واذا وهب اثنان دارا لواحد جاز عند اصحابنا جميعا •

٣١١٨ـ وان وهب الواحد لاثنين لم يجز عند ابي حنيفة ، وجاز عندهما •

فصـــــل

شرط العوض في الهبة

٣١١٩ـ واذا شرط العوض لم تبطل الهبة •

٣١٢٠ـ وفي احد قولي الشافعي تبطل •

٣١٢١ـ لان كل عوض جاز من غير شرط جاز مع الشرط كالنكاح •

فصـــــل

حمل أحكام الهبة بشرط العوض

٣١٢٢ـ والهبة بشرط العوض عقدها عقد هبة وجوازها جواز البيع •

٣١٢٣ـ وقال زفر تصير عقد بيع فيلزم العقد ، ومتى استحق العوض رجع فيما وهب ، وان استحق بعضه لم يرجع لان الباقي يجوز ان يكون عوضـــا ابتداء الا ان يرد مابقى لانه لم يسـلم له العوض •

وكذلك ان وجد به عيبا •

فصـــــل

اختلافهما في كونها بعوض

٣١٢٤ـ واختلفوا فيه اذا قال الواهب وهبتك بعوض وقال الموهوب لـــه وهبتني بغير عـوض •

فمنهم من قال القول قول الواهب ، وهو المذهب عندنا لانه لم يقر بخروج العين من ملكه الى الموهوب له •

٣١٢٥ـ ومنهم من قال القول قول الموهوب له لان الواهب اقر بالهبة وادعى العوض والاصل عـدمه •

فصـــل

الأبراء من الدين

٣١٢٦ـ ويصح ابراءه من الدين وان لم يقبل الذى عليه •

ومن أصحابنا من قال لايفتقر الى قبول ويبطل بالرد ، وهـذا قول ابـي حنيفـة وصاحبيه •

ومنهم من قال يبطل بالرد ويفتقر الى قبول كالبيع والنكاح ، وهو قـــول زفر ، والاول اصح لانه اسقاط حق كالعتاق والطلاق[1] •

٣١٢٧ـ ويصح في المجهـــول •

٣١٢٨ـ وقال الشافعي لايصح في المجهول •

٣١٢٩ـ لانه اسقاط حق فصح فى المجهول كالطلاق والعتاق[2] •

فصـــل

الصدقة بجميع ماله

٣١٣٠ـ واذا قال الرجل جميع مالي صدقة ، فانه يتصدق بجميع ماله الذى يجب فيه الزكاة استحسانا ، لان النذور محمولة على اصول الواجبات في اصـل الشرع ، والزكاة تجب فى بعض المال دون بعض فكذلك هنا •

٣١٣١ـ والقياس ان يتصدق بجميع ماله ، وهو قول زفر لان الجميـــع ماله ، وقد دخل تحت لفظ الصدقة •

فصـــل

قوله ما أملك صدقة

٣١٣٢ـ ولو انه قال : ما املك صدقة ، تصدق بجميع ماله ، واتفق قولنا وقـول زفـر •

---

(١) ينبغي أن يكون حكم الابراء في القانون المدني العراقي كذلك اي ان يصح الابراء في المجهول نظرا لمطلق نص المادة ٤٢٠ منه ولان الابراء اسقاط •

(١) بالرأي الاول أخذ القانون المدني العراقي (م ٤٢٢ منه) •

٣١٣٣ـ وذكر ابو الليث في خلافة[1] لاصحابنا عن ابي يوسف انه قال • ان قال : ما املك تصدق بالكل كما قال زفر ، وان قال مالى صدقة تصدق بمال التجارة والسوائم •

٣١٣٤ـ وفي قول مالك يتصدق بثلث ماله •

٣١٣٥ـ وعن الشافعي يلزمه كفارة يمين ، ولا يتصدق بشيء •

فصل

لا عوض في الهبة لمن هو دونه

٣١٣٦ـ وقال اصحاب الشافعي : اذا وهب لمن هو دونه لم يلزمه أن يثيبه بعوض لان القصد الصلة ، فلم تجب المكافاة •

٣١٣٧ ـ وكذلك أن وهب النظير لم يجب العوض لان المقصود المحبة وتاكيد الصداقة •

٣١٣٨ـ وان وهب لمن هو اعلى منه ففيه قولان :

قال في القديم يلزمه أن يثيبه بعوض لان مقصود العقد التماس العوض فصار العرف كالمشروط •

وقال في الجديد لايجب لانه تمليك بغير عوض فاشبه النظير وهذا قولنا ، وهو الصحيح •

٣١٣٩ـ وكتاب الهبة من الكتب الكبار لاصحابنا وفيه مسائل مشكلة وفروع مختلفة ومسائل من الدور ، وذكر مافيه فلا يمكن ، وفي الذى ذكرت اصول وبعض الفروع ، والواقع من المسائل •

واذ قد ذكرنا هبة الاعيان وكانت العارية هبة المنافع وجب ذكرها •

---

(١) المقصود بذلك كتاب مختلف الرواية لابي الليث السمرقندي •

كتاب العارية

وهذا كتاب العـارية •

العارية قربة

٣١٤٠ ـ العارية قربة مندوب اليها •

تعريف

٣١٤١ ـ وهى عقد على المنافع بغير بدل يحصل للمالك الا الشكر والثواب•

أساسها في السنة

٣١٤٢ ـ وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم من صفوان بن أميه ادرعـا
وقال عليه السلام : العارية مردودة •
وقال له صفوان :
اغصب يا محمد !
فقال : بل عارية مؤداة •
وروى مضمونة ومؤداة •

أساسها من الإجماع

٣١٤٣ ـ وهو اجماع من العلماء لا يختلفون فى جوازها •

هل للمستعير أن يعير

٣١٤٤ ـ واذا اطلق العارية فللمستعير أن يعيرها لغيره ، لان اطلاقه يقتضي الرضا بالاستعمال •

٣١٤٥ ـ وأن عين المستعمل وخصه فله أن يعير لمن لا يختلف الاستعمال •

٣١٤٦ ـ ولاصحاب الشافعى فى ذلك وجهان فى الجواز •
احدهما مثل قولنا •
والثانى لا يجوز ، لانه مستعير فلا يعيرها كما لو عين ولم يطلق •
٣١٤٧ ـ وقال أصحابنا قد ملكه المنافع فجاز أن يستوفيها بغيره كالرضى له بالمنفعة •

العارية لا تؤجر

٣١٤٨ ـ ولا يجوز له أن يؤجرها لان الاجارة عقد لازم فلا تصح فى العارية لانها لا تلزم ، ويصح للمعير الرجوع عنها فتبطل الاجارة •

الاستيفاء بنفسه

٣١٤٩ ـ وقد يجوز أن يستوفي بنفسه ، ولا يؤجرها لغيره ، كما أن الطعام اذا قدم لرجل جاز له الاكل ولا يجوز له البيع •

تمليك أم إباحة

٣١٥٠ واختلف أصحابنا هل هي تمليك للمنافع أو اباحة للتصرف ؟
فحكي عن الكرخي رحمة الله انها أباحة وعن الرازى انها تمليك •
٣١٥١ ـ ولو ملكت جاز أخذ العوض عنها « كهبة العين »[1] •

ما يعار

٣١٥٢ ـ وكل عين لها منفعة تبقى العين بعد الاستيفاء فعاريتها جائزة ، كالحيوانات والرقيق والدواب والعقار والدور والضياع وآلات الصناع ومتاع البيت [2] •

---

(١) صححنا العبارة على هذا النحو بالرجوع لنسختي قليج ومنيخ •
(٢) صاغ ابن رشد فى بداية المجتهد لذلك ضابطا محددا فقال بجواز اعارة « جميع ما يعرف بعينه ، اذا كانت منفعته مباحة الاستعمال » واضاف الى ذلك قوله « ولذلك لا يجوز • اباحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام الا ان تكون ذات محرم » اى ان العارية لا تجوز اذا كان القصد منها غير مشروع •

٣١٥٣ ـ وما لا منفعة له من الاعيان فلا تجوز عاريته لانه لا منفعة فيه ، والعارية انما هي اباحة المنافع •

ما يعد قرضاً لا عارية

٣١٥٤ ـ وأن استعار دراهم أو دنانير أو مكيلا أو موزونا واطلق العارية فان ذلك قرض ، لان المنفعة لا تمكن بغير ذلك ولا يمكن الا بالاتفاق ، وقد ذكر لفظ يقتضي الرجوع فصار كأنه صرح بلفظ القرض •

التقيد بقول المعير

٣١٥٥ ـ وأن قال : تعير بها المكيال أو الميزان أو تتجمل بها أو تزين الدكان فليس له انفاقها ولا التصرف فيها الا بما قال لانه حجر عليه ومنعه من التصرف •

العارية أمانة

٣١٥٦ ـ وهي عندنا أمانة غير مضمونة •

شرط الضمان

٣١٥٧ ـ وأن شرط الضمان : فمن أصحابنا من قال تصير مضمونة • وحكاه الشافعي عن محمد بن الحسن •

٣١٥٨ ـ وقال غيره ليست بمضمونة ، وأن شرط الضمان •

٣١٥٩ ـ وقال الشافعي : هي مضمونة في جميع الاحوال •

٣١٦٠ ـ لانه قبضها بلا اذن مالكها لا على وجه الوثيقة والبدل كالوديعة •

٣١٦١ ـ وقد قالوا : لو تلفت بالاستعمال الا جزءا لم يضمن •

كيفية الضمان

واختلف أصحاب الشافعي في كيفية الضمان فمنهم من قال : يضمن عند الهلاك ، وهو الصحيح •

ومنهم من قال اعلا ما كانت قيمتها كالمغصوب هذا اذا كانت من ذوات القيم. فان كانت من ذوات الامثال ـ وقالوا فيما لا مثل له انه يضمن باكثر ماكانت قيمته ـ لزمه مثلها .

وان قالوا انه يضمن قيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها .

فصـــــل
ولد المستعار

٣١٦٢ـ واختلف في ولد المستعار :

فمنهم من قال هو مضمون لان الاصل مضمون كالغصب .

ومنهم من قال لا يضمن لانه لم يدخل في الاعارة .

٣١٦٣ـ وعندنا لايضمن لانه حدث بغير فعله وتلف بغير فعله من غير مطالبة من له الحق كولد الوديعة .

فصـــــل
ضمان العارية بالتعدي

٣١٦٤ـ واتفق الفريقان ان العارية تضمن بالتعدى فيها كما تضمن الوديعة.

٣١٦٥ـ وتضمن بالجحود ، لان ذلك تضمن به سائر الامانات ، فكـذلك العـارية .

فصـــــل
ضمان مستعير المغصوب

٣١٦٦ـ ومن غصب عينا فأعارها والمستعير لايعلم فتلفت في يده فضـــمن المالك المستعير فليس له أن يرجع على الغاصب .

٣١٦٧ـ وهو قول الشافعي ، وسمعت شيخنا قاضى القضاة رحمه الله يحكى في الدروس أنه يرجع على الغاصب في رواية ، وسواء بينه وبين المودع للغاصب

اذا ضمن ، والصحيح انه لايرجع ، وهذا في ضمان العين •

ضمان أجرة المنافع

٣١٦٨ـ وقال اصحاب الشافعي : فان ضمنه أجرة المنفعة فهل يرجع على الغاصب ؟

قولان على القولين فيمن غصب طعاما وقدمه الى مالكه أحدهما يرجع لانه غيره والثاني لايرجع لان المنافع تلفت تحت يده •

فصل

الرجوع في العارية

٣١٦٩ ـ ويجوز للمعير أن يرجع فى العارية بعد القبض[1] •

٣١٧٠ـ وللمستعير ان يرد لان ذلك اباحة فجاز لكل واحد منهما رده كاباحة الطعام ، وهذا لا خلاف فيه •

فصل

مؤونة الرد

٣١٧١ـ واذا فسخ العقد وجب مؤونه الرد على المستعير لقوله عليه السلام• عارية مؤداة •

ولانه يجب الرد عليه كالمغصوب اذا طلبه •

فصل

متى يبرأ بالرد من الضمان

٣١٧٢ ـ واذا ردها الى المعير أو وكيله أو الدابة الى أصطبلها والعين الى دار مالكها أو سلمها الى أحد من عياله ومن جرت العادة بحفظ ماله برىء من الضمان •

٣١٧٣ـ وقال الشافعي لايبرأ حتى يرد على المالك ووكيله ، لان هذا حكم العادة في العوارى •

---

(١) جاء فى بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢٦٠) ان العارية عقد جائز عند الشافعى وابى حنيفة ، اى للمعير ان يسترد عاريته اذا شاء ، وقال مالك فى المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وان شرط مدة لزمته تلك المدة ، وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية » •

٣١٧٤ـ وقد فرق اصحابنا بين ذلك وبين من استعار الحلي والجوهر فقالوا فيه ماقال الشافعى لان العادة الا ترد الى الـدار •

٣١٧٥ـ وقالوا في الوديعة لوردها الى داره لم يبرأ من الضمان ، لانالمودع لم يرض بمن فى داره لحفظها فصار مفرطا •

فصـــــل
استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله

٣١٧٦ـ ومن اســـتعار عينا فله ان يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله لان يده قائمة مقام يد المستعير •

التوقيت والإطلاق

٣١٧٧ـ وتجوز الاعارة مطلقة وموقتة •

٣١٧٨ـ ولا يجوز في الاجارة الاطلاق •

٣١٧٩ـ لانه اباحة فجاز مطلقا ومعينا كاباحة الطعـام •

فصـــــل
ما لمستعير الأرض

٣١٨٠ـ واذا قال : اعرتك هذه الارض لتنتفع بها جاز له ان يزرع ويغرس لان الاذن عام مطـلق •

فصـــــل
ما يجوز عند تعيين الانتفاع

٣١٨١ـ وان عين له مايفعل ، جاز له فعله وفعل ماهو اقل ضررا منه ، كما قلنا في الاجارة •

والغـرس اكثر ضررا من الزرع ، والبناء اكثر من الغرس •

فصـــــل
رجوع من أذن بالبناء والغرس

٣١٨٢ـ واذا اذن له في الغرس والبناء فبنى او غرس فله ان يرجع ،ويكلفه القطع بغير ضمان ، لان هذا مقتضى العـارية •

٣١٨٣ـ وان وقت العارية ، فله المطالبة بالقلع بعد المدة بغير ضمان ، وفـى المـدة يضمن •

٣١٨٤ـ وقال زفر لا ضمان عليه وقت او لم يوقت •

٣١٨٥ـ وقال ابن ابي ليلى عليه الضمان وقت او اطلق •

٣١٨٦ـ وقال الشافعي ليس له ذلك الا بشرط الضمـان •

٣١٨٧ـ لانه عندنا غير مغرور فلا يجب الضمان •

فصـــــل
اشتراط القلع

٣١٨٨ـ واتفق الفريقان على انه اذا شرط عليه القلع انه يقلع بغير ضمان لقوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم •

٣١٨٩ـ فان كان يضر بالارض فللمالك ان يعطيه قيمة ذلك مقلوعا عندنـا ويملك الغرس والبنـاء •

٣١٩٠ـ وقال الشافعي : لايلزمه تسوية الارض لانه لما شرط القلع فقـد رضى بما يحصل بالقلع من الحفر ، ولانه مأذون فيه فلا يلزم الضمان •

فصـــــل
نقصان قيمة الغرس

٣١٩١ـ وقال : ان نقصت قيمة الغرس ولم يكن اشترط القلع فان اختـار المستعير القلع كان له ذلك لانه ملكه فملك نقله ، فاذا قلعه فهل يلزمـه تسـوية الارض ؟ فيه وجهان :

أحدهما لايلزمه لانه «رضى»[1] لما علم بما يؤول اليه القلع ، والثاني يلزمه لان القلع باختياره لانه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الارض ، ويجبر المستعير على القلع اذا ضمن نقض ذلك القلع •

فصل
دخول المعير في الأرض

٣١٩٢ـ قالوا ـ أعنى أصحاب الشافعى ـ واذا أقرزنا الغراس فى ملكه فاراد المعير أن يدخل الى الارض ليتفرج او ليستظل بالغرس لم يكن للمستعير منعه ، لان الذى استحق المستعير مواضع الغرس ، فأما البياض فلا حق له فيه فجاز للمالك التصرف فيه •

٣١٩٣ـ واذا اراد المستعير دخولها نظرت :

فان كان للفرجة لم يجز لانه قد رجع في الاعارة فلا يجوز دخولها من غير اذن ، وان كان لاصلاح الغرس او أخذ الثمرة ففيه وجهان :

أحدهما لايملك لان حقه اقرار الغرس والبناء دون ماسواه •

والثاني انه يملك ، قالوا وهو الصحيح ، لان الاذن في الغرس اذن فيما يعود بصلاحه واخذ ثماره •

فصل

٣١٩٤ـ قالوا : وان أراد المعير بيع الارض جاز لانه لاحق فيها لغيره فجاز بيعه •

٣١٩٥ـ وان ارد المستعير بيع الغرس من غير المعير ففيه وجهان :

أحدهما يجوز لانه ملك له لا حق لغيره فيه •

والثاني لايجوز لان ملكه غير مستقر لان للمعير ان يبذل له القيمة ويقلعه او ياخذهما لنفسه •

٣١٩٦ـ قالوا : والاول أصح لانه بمنزلة الشخص المشفوع •

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج •

فصـــــل

هل التفريط شرط في المسؤولية؟

٣١٩٧ـ وقالوا : وان حمل السيل طعام[1] رجل الى أرض آخر فنبت فيها فهل يجبر صاحب الطعام على قلعـه ؟

فيه وجهان احدهما لايجبر لانه غير مفرط في انباته •

والثاني يجبر وهو الصحيح •

وهو قياس قولنا •

لانه أشغل ملك غيره بملكه من غير اذن فأجبر على ازالته كما لو انتشــر شجره في دار غيره •

فصـــــل

اختلافهما حول دابة امعارة هي أم مستأجرة

٣١٩٨ـ واذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك اكريتكها على الاجرة •

وقال الراكب بل اعرتنيها فلا اجرة لك فالقول قول الراكب •

٣١٩٩ـ وهو قول الشافعي في كتاب العارية •

٣٢٠٠ـ وقال اصحابه : انه قال في كتاب المزارعة ان المزارع اذا ادعـى العارية والمالك الاجارة ان القول قول المالك •

فمن اصحابه من حمل كل مسئلة على ظاهرها •

ومن اصحابه من نقل جواب كل مسئلة الى اخرى وجعلها على قولين •

٣٢٠١ـ لان المنافع عندنا لاتقـوم بغير عقـد ، والاصل براءة الذمة وفراغ الساحة ولم يوجد مايستحق الاجرة ، واذا جعلوا القول قول المالك حـلف واستحق الاجرة •

---

(١) يقصد بالطعام فى المصطلح العراقي حتى اليوم الحبوب كما يقصد بـه الطعام المعد للاكل •

فصـــــل
قدر الأجرة

٣٢٠٢ـ وفي قدر الاجرة وجهان :
احدهما يجب المسمى لانه قبل قوله فيها وحلف عليها .
والثاني تجب اجرة المثل وهو الصحيح .

٣٢٠٣ـ قالوا وان نكل عن اليمين لم ترد على المتصرف لان اليمين انما ترد ليستحق بها حق ، والمتصرف لايدعي حقا فلم ترد عليه .

٣٢٠٤ـ قالوا : فان قلنا ان القول قول المتصرف حلف وبرىء من الاجرة، فان نكل ردت اليمين على المالك ، فاذا حلف استحق المسمى وجها واحدا لان يمينه بعد النكول كالبينة فى أحد القولين وكالاقرار فى الآخر ، وأيهما كان وجب المسمى .

فصـــــل
تلف الدابة بعد الركوب

٣٢٠٥ـ وان تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا :
فمن جعل القول قول المالك حكم بالاجرة .
ومن جعل القول قول الراكب فمنهم من حكم عليه بأقل الامرين من الاجرة والقيمة لاتفاقهما على استحقاقه ، ومنهم من قال لايلزمه شيء لانه لايدعي القيمة والاجرة لاتستحق عليه .

فصـــــل
ادعاء المالك الغصب والمتصرف العارية

٣٢٠٦ـ واذا قال المالك غصبتها فعليك الاجرة وقال المتصرف بل اعرتنيها فلا اجرة على ، فان المزنى نقل عن الشافعي ان القول قول المستعير ، ومن اصحابه من قال المسئلة على طريقين : احدهما الفرق بين الارض والدابة ومنهم من قال الجمع على قولين : لان الخلاف في وجوب الاجرة .

فصـــــل

خلافهما بعد الهلاك

٣٢٠٧ـ فان كان الخلاف بعد الهلاك فالقول قول المالك لانه لم يقر بما يوجب سقوط حقه والراكب يدعي عقدا يسقط الضمان فلا يقبل قوله •

فصـــــل

٣٢٠٨ـ وان اختلفا فقال المالك اعرتك وقال الراكب بل أجرتنيها فالقول قول المالك لانهما اتفقا ان الملك له واختلفا في صفة الانتقال فكان القول قول المالك ، ولا فرق بين ان تكون باقية او هالكة عندنا •

٣٢٠٩ـ وقال اصحاب الشافعي ان كانت العين قد تلفت نظرت فان لم تعين مدة لمثلها اجرة فان المالك يدعي القيمة والراكب يقر باجرة ، فان كانت القيمة اكبر من الاجرة لم يستحق حتى يحلف •

٣٢١٠ـ وان كانت القيمة مثل الاجرة أو أقل منها ففيه وجهان أحدهما يستحق من غير يمين لانهما اتفقا على الاستحقاق ، والثانى لايستحق من غير يمين لانه اسقط من الاجرة ، وهو يدعي القيمة بحكم العارية والراكب ينكر فلم يستحق من غير يمين •

فصـــــل

ادعاء المالك الغصيب والراكب الإجارة

٣٢١١ـ واذا قال المالك : غصبتها •

وقال الراكب بل اجرتنيها فالقول قول المالك لان الاصل عدم الاجارة ، فان كانت موجودة • ردها ولا شيء عليه وان كانت تالفة غرم القيمة •

٣٢١٢ـ وفي هذا الكتاب مسائل كثيرة ، وفى الذى ذكرت اصوله وبعض الفروع •

ولما كان احياء الموات يملك بغير عوض ، وكان ذلك يفتقر الى اذن الامام ولا يفتقر الى اذن أحد صار في معنى التبرع فوجب ان يذكر ههنا •

كتاب إحياء الأموات

وهذا كتاب إحياء الأموات

٣٢١٣ـ اعلم ان الموات كل أرض بطل الانتفاع بها أما لعدم الماء وخراب الانهار أو لكثرة الماء كالبطائح والصروات[١] •

تحديد معنى الإحياء

٣٢١٤ـ والاحياء هو ان يجعلها منتفعا بها •

٣٢١٥ـ وحقيقته فيما كان عامرا فخرب ، لانه يبطل الانتفاع به كما يبطل الانتفاع بالحيوان اذا مات ، غير ان موت الحيوان يبطل ملك المالك عنه ، وخراب الارض لايزيل ملك المالك عنها •

فصـــــل

ما لا يجوز إحياؤه لغير مالكه

٣٢١٦ـ وكل أرض لها مالك معين من المسلمين أو أهل الذمة أو موقوفة على بعض فانه لايجوز احياؤها لغير مالكها بلا اختلاف •

فصـــــل

ما يجوز إحياؤه

٣٢١٧ـ وما لايعرف له مالك معين ، وان كان عليه اثر العمارة فانه يجوز احياؤه لقوله عليه السلام :

ـ « من احيا أرضا ميتة فهي له »[٢] •

---

(١) كذا أيضا في نسخة قليج وفي نسخة منيخ القـروات والقرو من الارض الذي لايكاد يقطعه شيء والجمع قـر'و" • (لسان العرب) •

(٢) وتمام الحديث « وليس لعرق ظالم حق » الموطأ ٢ـ١٧ ، أبو عبيـــدة الاموال ٢٨٦ ، القرشي : الخراج ٨٣ ، وأبو يوسف ١١٧ : الخراج ٦٤ـ٦٥ • ويروى الامامية الاثنا عشرية عن الامام الباقي قوله « ايما قوم احيوا شيئا مـن الارض فهم أحق بها ، وهي لهم (الطوسى : التهذيب٧ـ١٤٩ ، ١٥٢ ، والاستبصار ٣ـ١٠٧ ، ١١٠ والكليني ٥ـ٢٩٧ • انظر رسالة احياء الاراضى الموات للسـيد محمود المظفر ، ص ٣٧ـ٣٨) •

٣٢١٨ـ وقال اصحاب الشافعي :

الاحياء على ثلاثة اوجه :

٣٢١٩ـ منها ماباد اهله ولم يعرف مالكه كالحرز[1] العادى ، فانه يجوز احياؤه لقوله :

ـ « عادى الارض لله ولرسوله ثم لكم من بعد » [2] .

رواه طاووس .

٣٢٢٠ـ وهذا قولنا .

٣٢٢١ـ فان كان في دار الأسلام فهو كاللقطة وان كان في دار الحرب فهو كالركاز .

٣٢٢٢ـ والوجه الثانى انه لايملك بالاحياء لانه ان كان في دار الاسلام فهو لمسلم ، او ذمى ، او لبيت المال فلا يجوز احياؤه .

وان كان في دار الحرب جاز ان يكون لكافر اذا لم تبلغه الدعوة فلا يحل ماله بالاحياء .

٣٢٢٣ـ والثالث انه ان كان فى دار الاسلام لم يملك وان كان فى دار الحرب ملك .

٣٢٢٤ـ وعندنا الجميع سواء اذا عدم المالك نظر الامام في ذلك نظر المصالح.

فصل

ما قرب من العامر

٣٢٢٥ـ وما قرب من العامر فليس بموات وما بعد فهو موات .

٣٢٢٦ـ وحده ابو يوسف انه الذى اذا وقف على طرف العامر ونادى بأعلى صوته لم يسمع ، جاز احياؤه .

٣٢٢٧ـ وقال الشافعي : مايحتاج اليه لمصلحة العامر من المرافق كحريم البئر وفناء الدار والطريق ومسيل الماء لايجوز احياؤه لانه تابع للعامر ، وكذلك مابين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الاسواق لايجوز تملكه بالاحياء .

---

(١) كذا ولعلها الحوز . وفي نسخة قليج كالحزب العادي وهو غلط .

(٢) أبو عبيد : الاموال ٢٧٢ .

٣٢٢٨ـ لانه من العامر فليس بموات ، وما عدا ذلك فليس لاحد فيه حق فجاز أن يمـــلك .

فصـــــل

الإحياء سبب للتمليك

٣٢٢٩ـ والاحياء سبب للتمليك(١) يصح من كل من يجوز ان يملك المال لانه فعل يملك فيه كالاصطياد .

٣٢٣٠ـ ولا فـرق عندنا بين المسلم والذمي والحر والعبـد والمأذون له والمكاتب .

٣٢٣١ـ وقال الشافعي : لايجوز للامام ان يأذن لذمي في الاحياء .

٣٢٣٢ـ لانه يملك الارض بالبيع والهبة فملك بالاحياء كالمسلم ، ولانـه يتعلق به حق لكافة المسلمين .

وقوله عليه السلام : ثم هي لكم مني خطاب لمن حضره فيدخل فيه المسلم والذمي ، لان حكمه حكم بيت المال .

فصـــــل

اذن الإمام

٣٢٣٣ ـ وقال أبو حنيفة لابد من اذن الامام في الاحياء ليقع الملك (٢) .

---

(١) لم يحدد السمناني المقصود من التمليك والملكية التى تتحقق للمحيى بالاحياء ، ويكون الاحياء سببا فى تملكها ولعل عذره فى ذلك اختلاف الفقهاء فى ذلك ، فهم بين من يرى ان الملك مطلق وحاجز وبين من يرى انه مقيد وبين من يرى أنه لايعدو الانتفاع، والاتجاه الاول يمثله التعريف الذي أشار اليه السيد الجرجانى بقوله ان الملك فى اصـــطلاح الفقهاء اتصـــال شرعى بين الانســـان وبـــين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا عن تصرف غيره .

(٢) والى مثل هذا القول ذهب الامامية الاثنا عشرية اجماعا كما ذكر السيد المظفر ص٩٧ استنادا الى ماجاء في الخلاف للطوســي ٢ـ٢ والشـــهيد في اللمعة ٢ـ٢٥٠ والجواهر ٦ باب احياء الموات والعاملى فى مفتاح الكرامة ، وجاء فـــى شرائع الاسلام للمحقق الحلى ٢ـ١٦٨ ان الموات « للامام (ع) لا يملكه احد وان أحياه ، مالم يأذن له الامام ، واذنه شرط » .

٣٢٣٤ـ وقال ابو يوسف ومحمد يجوز بغير اذن الأمام •

٣٢٣٥ـ وهو قول الشافعي ، لانه مال وصل الينا •

٣٢٣٦ـ لانه مال وصل الينا بزوال يد اهل الشرك فلا يجوز لاحد ان ينفرد به بغير اذن الامام كالغنيمة ومال[1] بيت المال •

فصل
ماهية الإحياء

٣٢٣٧ـ والاحياء ان يعمر الارض ويعرضها للانتفاع ، ويرجع في ذلك الى العرف •

فان كان يريد السكنى بنى سور الدار او حجر[2] ان جرت العادة به ، وان كان للزراعة حرث وكرب وساق الماء وحفر البئر والعين وما يقرب من الانتفاع •

فصل
ما يترتب على الأحياء

٣٢٣٨ـ واذا أحيا الارض ملكها وما فيها من المعادن كالبلور والفيروزج والحديد والرصاص لانه من اجزاء الارض فملكه بالاحياء كما يملك بالشراء وكما يملك الماء والعين فيها •

٣٢٣٩ـ ومن اصحاب الشافعي من قال :

لايملك الا الماء وما ينبع منها •

فصل
استثناء الكلأ

٣٢٤٠ـ ولا يملك مانبت فيها من الكلأ وما لاينبته الناس •

---

(١) فى نسخة قليج : وينال (٢) فى النسختين جحص وفى سائر كتب الفقه يرد مصطلح التحجير •

٣٢٤١ـ وقال بعض اصحاب الشافعي يملك •
٣٢٤٢ـ لانه عليه السلام قال :
لا حمى في الاراك •
وقال : الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار •
٣٢٤٣ـ ولا خلاف انه لو فرخ الطير في الشجر لم يملكه •
ولو ولد في ارضة ظبي لم يملكه كذلك ماذكرناه •

فصـــل
حريم العين وما إليه

٣٢٤٤ـ ويملك حريم[1] العين فيما يحتاج اليه من الفناء ، وفناء البئر للعطن أربعون ذراعا وللزرع في قول أبي يوسف ومحمد ستون ذراعا وحريم البئر خمسمائة ذراع في رواية الطحاوي وثلثمائة في رواية القدوري في المختصر الا ان يتجاوز الحبل فيكون له منها [منتهى] الحبل في البئر •

فصـــل
تصرف المحيي فيما أحياه

٣٢٤٥ـ ومن ملك درا باحياء او شراء فجعل داره مقصرة او مدبغة لم يكن للاخر منعه لانه تصرف في ملكه •

فصـــل
ما يمنع منه المحيي من التصرفات

٣٢٤٦ـ وان طرح في أصل حائطه سرجينا منع لانه يضر بالحائط •
٣٢٤٧ـ وان حفر جبا في اصل حائطه لم يمنع منه لانه تصرف في ملكه •

---

(١) عرف الحريم في الفقه بانه ما تمس الحاجة اليه لتمام الانتفاع بالمعمور (نهاية المحتاج ٥/٣٣٠ وانظر ايضا مفتاح الكرامة ١٣/٧ ورسالة السيد محمود المظفر ، ص ١٠٦ •

٣٢٤٨ـ وقال بعضهم يمنع لانه يضر بالحاجز الذى بينهما في الارض •

فصـــــل
حفر الآخر بئراً

٣٢٤٩ـ وان ملك بئرا بالاحياء فجاء آخر وحفر بئرا ناحية على حريمـه فنقص ماء الاولى لم يمنع منه لانه تصرف في ملكه ولا حق لغيره فيه •

فصـــــل
المحجر أحق بما تحجر

٣٢٥٠ـ وان تحجر مواتا باذن الامام او بغير اذنه عند من اجـاز ذلك ، وهو أن يشرع في احيائه ولم يتم فهو احق به من غيره لقوله عليه السلام :
ـ من سبق الى مالم يسبق اليه فهو احق به •

فصـــــل
تصرفات المحيي بما أحياه

٣٢٥١ـ ويورث ما ملك بالاحياء ، ويباع ويوهب ويتصرف فيه بسـائر التصرف بالاملاك لانه ملك بسبب صحيح •

فصـــــل
المعدن الظاهر في الموات

٣٢٥٢ـ من سبق فى الموات الى معدن ظاهر لايحتاج الى مؤونة كالماء والقـار والملح والنوشادر والياقوت والرخام والبرام ؟ والكحل فهو أحق به لانه ســبق الى مالم يسبق اليه احد •

فصـــــل
إذا طالت مدة التحجر

٣٢٥٣ـ واختلف فيه اذا اطال المقام هل يمنع ام لا ؟ فمنهم من قال يمنع

لانه يضر تحجيره ، ومنهم من قال لايمنع لانه لم يسبق اليه أحد .

فصـــــل

تدخل الإمام

٣٢٥٤ـ وللامام ان يخص بالمكان اذا تشاحنا فيه احدهما .

فصـــــل

معدن الذهب والفضة وما يطبع

٣٢٥٥ـ واختلف في معدن الذهب والفضة وما يطبع هل يملك بالاحياء ام لا ؟ .

٣٢٥٦ـ فمنهم من قال يملك ، وهو قولنا ومنهم من قال لايملك .

٣٢٥٧ـ لانه تصرف باذن الامام فكان كمال بيت المال .

فصـــــل

الارتفاق فيما بين العامر

٣٢٥٨ـ ويجوز الارتفاق فيما بين العامر من الشوارع والطرقات والرحاب الواسعة بالقعود للبيع والشراء ، لاتفاق اهل الامصار في جميع الاعصار على ذلك من غير نكير ، ولانه لا ضرر على احد في ذلك ، وله ان يظل بما لايضر بالمارة من ثوب وبارية[١] لانه مباح للحاجة .

فصـــــل

٣٢٥٩ـ واذا قام وترك المتاع لم يكن لغيره فيه حق مادام متاعه ، ولغيره ان يقعد اذا قام لان حقه سقط بقيامه .

(١) البارية فى لهجة العراق هى الحصير من القصب المشرح .

فصـــل
إطالة المقام

٣٢٦٠ـ وهل له أن يطيل المقـام ؟

فيه خلاف : فان تشاح فيه اثنان فمنهم من قال : يقرع بينهما ، ومنهم من قال يخص الامام من شاء منهما •

فصـــل
للإمام أن يحمي ويقطع

٣٢٦١ـ ويجوز للامام أن يحمي أو يقطع الموات الا مايضر بكافة المسلمين ويتعلق بمصالح العامة ، كالابار التي يشربون منها ، والملح الذى يمتارون منـــه والكـلاء •

ويجوز ان يحمي لابل الصدقة وخيل المجـــاهدين •

فصـــل
ما أقطعه النبي

٣٢٦٢ـ أما جواز الاقطاع فقد اقطع النبي عليه السلام لوائل[١] أرضا وأرسل معه معـاوية ، واقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام[٢] ورمى بسوطه فقال : اعطوه حيث وقع السوط •

فصـــل
إقطاع الخلفاء

٣٢٦٣ـ واقطع ابو بكر واقطع عمر وكذلك عثمان وعلي ، وهو فعل ائمة العدل وولاة الجور في سائر الازمان ، بل فعل الخوارج والملوك من غير نكـير يظهر على فاعله وطالبه ولو عدد بامر من اقطع او اقتطع لطال الكتاب •

---

(١) هو وائل الحضرمى وقد اقطع ارضا بحضرموت •

(٢) اى عجز عن الجرى والتقدم •

فصـــــل

مقدار ما يجوز إقطاعه

٣٢٦٤ـ وينبغي أن لا يقطع أحدا الا مما يتمكن من عمارته واحيائه ، لانه اذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة[١] .

المعادن الظاهرة

٣٢٦٥ـ ولا تقطع المعادن الظاهرة ، لما روى أبيض بن حمال[٢] انه استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم ملح مأرب[٣] فاقطعه ثم أن الاقرع بن حابس[٤] قـــال :

ـ يارسول الله ، انى قد وردت الملح فى الجاهلية ، وهو بأرض ليس بهـــا ملح ، ومن ورده أخذه وهو مثل الماء العد[٥] بأرض فاستقال أبيض فقال أبيض قد

(١) لا تخفى أهمية هذه القاعدة ومدى دلالتها عـــلى ســـياسة التشريع الاسلامى بصدد اعمار الارض بالاقطاع وكون ذلك مقيدا بالقيود المذكورة لئـــلا يؤدى الاقطاع المطلق الى استغلال الفلاحين او تضخم الملكية .

(٢) جاء فى اسد الغابة ١ـ٤٥ :

أبيض بن حمـــال بن مرثد بن ذي لحيان عامر بن ذي العنبر .. الهمـــداني وهو ابيض المأربى السبأى .. وفد على رسول الله (ص) واستقطعه الملح الـــذى بمأرب فاقطعه ، فلما ولى قال رجل يارسول الله ، أتدرى ما أقطعت له ؟ انمـــا أقطعت له الماء العـــد فانتزعه منه ، ومن حديثه أيضا انه ســـأل النبي (ع) عما يحمى من الاراك قال ما لا تناله اخفاف الابل .

(٣) فى النسختين مارن وهو غلط كما يظهر مما ورد فى ترجمة أبيض بـــن حمـــال .

(٤) جاء فى اسد الغابة ١ـ١٠٧ هو الاقرع بن حابس بن عقال .. قدم على النبى (ص) مع اشراف تميم بعد فتح مكة .. وشهد مع خالد بن الوليد حـــرب العراق وشهد معه فتح الانبار وكان على مقدمة خالد بن الوليد ، وكان شريفا فى الجاهلية والاسلام ، واستعمله عبدالله بن عامر على جيش سيره الى خراســـان فاصيب بالجوزجان هو والجيش .

(٥) العد : الكثرة ، يقال انهم لذو عد وقبص (لسان العرب) .

اقلته فيه على ان يجعله صدقة ، فقال رسول الله (ص) هو منك صدقة ، وهو مثل الماء العد من ورده أخذه •

فصل

المعادن الباطنة

٣٢٦٦ـ واختلف اصحاب الشافعي في المعادن الباطنة فمنهم من قال ان قلنا الملك بالاحياء جاز اقطاعها لانه موات يجوز ان يملك بالاحياء ، وان قلنا : لايملك بالاحياء فهل يجوز اقطاعه ؟ فيه قولان : احدهما يجوز لان الانتفاع به يفتقر الى المؤن كموات الارض ، والثاني لايجوز لانه معدن لايملك بالاحياء فلم يجز اقطاعه ويرعى ما فيه من الكلأ لما روى الصعب بن جثامة[1] قال :

سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول :

ـ لا حمى الا لله ورسوله •

فصل

٣٢٦٧ـ فالرسول صلى الله عليه له ان يحمى لنفسه وللمسلمين ، فأما نفسه فما حمى لها ، ولكنه حمى للمسلمين لانه حمى البقيع لخيل المسلمين •

فصل

٣٢٦٨ـ وأما الائمة فلا تحمى لنفسها ولهم أن يحموا لخيل المجاهدين ونعم الصدقة والجزية وماشية من يضعف عن الابعاد في طلب النجعة •

٣٢٦٩ـ وللشافعي قولان :

أحدهما [مثل] قولنا والثاني لايجوز •

---

(١) جاء في اسد الغابة ٣ـ١٩ :

الصعب بن جثامة واسمه يزيد بن قيس بن ربيعة .. الكناني الليثي أمه زينب بنت حرب بن أمية اخت ابي سفيان ، وحالف جثامة قريشا كان الصعب ينزل ودان والابواء من ارض الحجاز توفي في خلافة ابى بكر ، روى عنه ابن عباس ان النبى (ص) قال لا حمى الا لله ولرسوله •

معارضة أعرابي في الإحياء

٣٢٧٠ـ وقد روى عبدالله بن الزبير عن ابيه قال : اتى اعرابي من اهل نجد عمر فقال : ياأمير المؤمنين :

بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام فعلى ما تحميها .

فأطرق عمر رحمه الله وجعل يفتل شاربه ، وكان اذا كره أمرا فتل شاربه ونفخ •

فلما رأى الاعرابي مابه جعل يردد ذلك فقال عمر :

المال مال الله والعباد عباد الله ، ولولا ما احمل عليه في سبيل الله[١] ماحميت من الارض شبرا في شبر •

٣٢٧١ـ قال مالك رحمه الله :

نبئت[٢] أنه رحمه الله كان يحمل في كل عام أربعين ألفا من الظهر وقال مرة من الخيل •

عامل الحمي

٣٢٧٢ـ وروى زيد بن اسلم عن ابيه ان عمر رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى •

وقال : ياهنى ، اضمم جناحك[٣] عن الناس واتق دعوة المظلوم ، فان دعوة المظلوم مجابة ، وادخل رب الصريمة والغنيمة واياك ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما ان تهلك ماشيتهما يرجعان الى شيء من زرع ، ويحك ان رب الصريمة ورب الغنيمة ان تهلك ماشيته يأتيني فيقول :

ياأمير المؤمنين ياأمير المؤمنين افتاركهم لا ابالك !

فالماء والكلأ ايسر عندى من الذهب والورق ، والذى نفسي بيده ، لولا المال الذى أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا[٤] •

(١) المصلحة العامة في اصطلاح الفقه بعد ذلك •

(٢) فى نسخة قليج ثبت •

(٣) فى نسخة قليج : جيادل ولا معنى له •

(٤) تقييد الحمى بالضرورات •

فصـــــل

مصير ما حماه الرسول (ص)

٣٢٧٣ـ وما حماه النبي عليه السلام من الارض لحاجة وهى باقية لم يجز احياؤها[١] وان زالت الحاجة فمنهم من قال يجوز لان السبب زال ، ومنهم من قال لايجوز لان ماحكم به النبي (ص) نص فلا يجوز نقضه بالاجتهاد •

مصير ما حماه الإمام

٣٢٧٤ـ وفيما حماه الامام خلاف هل لمن بعده ان ينقضه ام لا ؟

فصـــــل

أقصى مدة للتحجير

٣٢٧٥ـ ومن اقطعه الامام مواتا فعمره فيما بينه وبين ثلاث سنين ملكه وان جازت ثلاث سنين لم يملكه وعاد الى حكم الموات ، لان عمر قال لبلال بن الحرث انما اقطعك النبي عليه السلام العقيق لتعمره لا لتحجبه ثم انتزعه منه ورده الى اصحاب رسول الله (ع) وقد روى انه قال :

لا حق لمحتجر فوق ثلاث سنين ، ولان القصد عمارة الدار ونفع المسلمين بما يؤخذ من الارض من الحق •

فصـــــل

خراجية أم عشرية؟

٣٢٧٦ ـ واذا تم الملك بالاحياء فان شربت الارض بماء السماء فهى أرض عشر وان ساق الماء من أنهار المسلمين التى حفروها أو سقاها بمـــاء المطـــر[٢]

---

(١) فى النسختين احماؤها ولا يستقيم المعنى بذلك •

(٢) المقصود ماتجمع من ماء المطر في أحواض •

أو ساق اليها الماء من بعض الاوديه التي هي خلقة في الارض لم ينبشها الكفار نحو دجلة والفرات فان ابا يوسف يعتبر حال الارض التي تحي والارض التي فيها هذه الانهار العظام فان كانت في حيز ارض الخراج حكم بانها خراجية ، وان كانت في ارض العشر جعلها عشرية .

٣٢٧٧ـ وقال محمد تكون عشرية وان كانت في حيز الخراج ومسقية من الانهار التي في أرض الخراج .

٣٢٧٨ـ واتفقوا انه اذا ساق اليها الماء من نهر كان في يد الكفار والاعاجم هم حفروه وانشأوه كنهر الملك[١] ونهر الرفيل[٢] وما جرى مجراهما من الانهار فان الارض تكون أرض خراج لان هذه انما وصلت الينا بالغلبة وظهورنا عليها فتعلق حق الكافة بها ، وحق الكافة في الخراج دون العشر فيجب ان يوضع الخراج عليها .

فصل

بيع أرض الخراج

٣٢٧٩ـ وارض الخراج يجوز بيعها عندنا وتجرى في المواريث ، وهي ارض العراق .

٣٢٨٠ـ وقال الشافعي نفسه لا أدري ماصنع عمر رضي الله عنه في أرض السواد .

٣٢٨١ـ واختلف اصحابه في تفصيل مذهبه فمنهم من قال باعها والخراج

(١) فرع كبير من فروع الفرات كان ينتهي الى دجلة جنوب بغداد ويعرف باسم نهر الملك او نهر ملكا وكان هذا النهر يروي الجانب الغربي من المدائن (انظر بغداد للمرحوم مصطفى جواد واحمد سوسة ص ٢٤ـ٢٥) .

(٢) فرع من فروع الفرات عرف في العصر العباسي باسم نهر عيسى وعرف قبل العهد العربي باسم نهر الرفيل وكان هذا الفرع ينتهي الى بغداد الغربية ويصب في دجلة والرفيل الذى ينسب اليه هذا النهر هو اسم دهقان من الفرس أسلم على يد سعد بن ابي وقاص (انظر بغداد للمرحوم مصطفى جواد واحمد سوسة ص ٥ ـ ٦) .

ثمن ، ومنهم من قال بل رقبها والخراج أجرة ، ولهم تفصيل طويل •

٣٢٨٢ـ والاصل فيه هو ماذكرناه ، والصحيح عندنا انها مملوكة يجرى فيها البيع لاتفاق العلماء في سائر الاعصار على جواز فعل ذلك •

فصـــــل
حكم المياه

٣٢٨٣ـ والمياه عندنا على اصل الاباحة لاتملك الا بالاخذ ، ولا فرق عندنا بين ماينبع في ملك لرجل معين او احد من الاودية العظام •

٣٢٨٤ـ وقال اصحاب الشافعي : كل ماينبـــع في ارض مملوكة فصاحب الارض احق به لانه يملكه •

٣٢٨٥ـ ومن اصحابه من قال لايملكه وانما لايجوز لغيره ان يدخل ملكه وكان هو احق به •

٣٢٧٦ـ والخلاف في كلأ نبت في الارض مثل ذلك •

٣٢٨٧ـ وعلى صاحب الارض بذل الماء للشرب وللحيوان ، ولا يجب للزرع ولمن احتاج اليه الدخول الى ارضه واخذه ، لقوله عليه السلام : الناس شـــركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار •

٣٢٨٨ ـ وقال أبو عبيد بن حرب لا يلزمه بذله كما لا يلزمه بــذل الكلأ للماشية وبذل الدلو والحبل ، وهذا لايصح لانه عليه الســـلام نهى عن بيـع فضل الماء ، وقال عليه السلام :

ـ من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله تعالى فضل رحمته •

٣٢٨٩ـ ولا يلزمه بذله للزرع لانه لا حرمة له في نفسه ، والحيوان لـــه حرمة في نفسه ، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه ، والماشية لو كـــانت له لزمه سقيها ، وهذا كله اذا كان للماء فضل ، فان كان لايفضل عن صـــاحبه ويستضر ببذله كان احق به •

فصـــــل

٣٢٩٠ـ ولا يجوز بيع ماء في البئر ولا في النهر •

٣٢٩١ـ ومن اصحاب الشافعي من اجازه لانه غير مملوك للبائع ، ومن اخذه ملكه فلا يجوز بيعه كالصيد •

فصل

٣٢٩٢ـ واذا كان نهرا صغيرا لايمكن سقي الارض منه الا بحبسه ، فان كانت الارض مستوية بدأ من سقيه اول النهر فحبس الماء حتى يسقي أرضه الى ان يبلغ الى الكعب ثم يرسله الى من يليه ، وعلى هذا الى ان ينتهي آخر الاراضى لما رواه عبادة بن الصامت[١] ان النبي (ص) قضى في شرب من سيل ان للاعلى ان يشرب قبل الاسفل ويجعل الماء الى الكعب ثم يرسله الى اسفل الذى يليه كذلك حتى تنتهي الارضون[٢] وما روى ان الزبير ورجلا من الانصار

---

(١) جاء في أسد الغابة (٣/١٠٦) عبادة بن الصامت بن قيس الانصاري الخزرجي أبو الوليد وامه قرة العين بنت عبادة بن نضلة •

شهد العقبة الاولى والثانية وكان نقيبا على القوافل ، آخى رسول الله بينه وبين أبى مرثد الغنوي وشهد بدرا وأحدا والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله (ص) واستعمله النبى على بعض الصدقات وقال له اتق الله لاتأتي يوم القيامة ببعير تحمله له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة لها ثؤاج ، قال فوالذي بعثك بالحق لا أعمل على أثنين جمع القرآن على عهد الرسول وكان يعلم اهل الصفة القرآن، ولما فتح المسلمون الشام ارسله عمر وارسل معه معاذ بن جبل وابا الدرداء ليعلموا الناس القرآن بالشام ويفقهوهم بالدين • وخالفه معاوية فى شيء انكره عبادة فأغلظ له معاوية فى القول فقال عبادة لا اساكنك بأرض واحدة أبدا ورحل الى المدينة فكتب عمر الى معاوية لا أمرة لك عليه •

روى عنه جماعة من الصحابة والتابعين ، قال الاوزاعي اول من تولى قضاء فلسطين عبادة بن الصامت ، وقد بايع عبادة رسول الله على أن لا يخاف في الحق لومة لائم : واقام في الشام خطيبا فقال :

أيها الناس انكم قد احدثتم بيوعا لا أدري ماهي ، الا أن الفضة بالفضة وزنا بوزن تبرها وعينها ، والذهب بالذهب وزنا بوزن تبره وعينه ، الا ولا بأس ببيع الذهب بالفضة يدا بيد والفضة اكثرها ، ولا يصلح نسيئه الا وان الحنطة بالحنطة مديا بمدى والشعير بالشعير مديا بمدى الا ولا بأس ببيع الحنطة بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد ولا يصلح نسيئه ، والتمر بالتمر مديا بمدى والملح بالملح مديا بمدى ومن زاد أو ازداد فقد اربى • وتوفى عبادة سنة اربع وثلاثين أو خمس واربعين بالرملة وقيل بالبيت المقدس •

(٢) أنظر الرقم ٢٠٦ من هذا الكتاب •

تنازعا في شراج يسقي بها الارض فقال الانصارى للزبير :
سرح الماء •
فأبى الزبير فاختصما الى رسول الله (ص) فقال للزبير اسق أرضك ثم ارسل الماء الى جارك •
فقال الانصارى :
ـ ان كان ابن عمتك يارسول الله •
فتلون وجه النبي (ص) فقال :
يازبير اسق أرضك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر •

فصل

٣٢٩٣ـ وان كانت الارض بعضها اعلى من بعض ولا يقف الماء في الارض العالية الى الكعب حتى يقف في الارض المستغلة الى الوسط سقي المستغلة حتى يبلغ الماء الى الكعب ثم يسدها ويسقي العالية حتى يبلغ الكعب •

فصل

٣٢٩٣٤ـ وليس لمن شق نهرا او حفر بئرا ان يجيء غيره فيأخذ ماءه بغير اذنه لانه من مرافق ما احياه •

فصل

٣٢٩٥ـ واذا اشترك جماعة في استنباط عين او حفر نهر على ان يشتركوا في الماء ، فان دخلوا على ان يتساووا في الماء تساووا في الانفاق ، وان دخلوا على التفاضل تفاضلوا في الانفاق ، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة لانهم استفادوا ذلك بالانفاق فكان حقهم على قدر المؤونة •

فصل

السقي بالمهايأة

٣٢٩٦ـ فان أرادوا سقي أرضهم بالمهايأة يوما ويوما ، جاز ، وان أرادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الارض ويفتح فيها كل على قدر حقوقهم فتخرج حصة كل واحد منهم الى أرضه •

فصـــل

أخذ الماء قبل القسمة

٣٢٩٧ـ وان أراد أحدهم ان يأخذ حقه من الماء قبل القسمة[١] من ساقية يحفرها الى أرضه منع من ذلك ، لان حريم النهر مشترك فلا يجوز لواحد منهم ان يحفر فيه .

فصـــل

نصب رحى قبل القسمة

٣٢٩٨ـ وان أراد أحد ان ينصب رحى قبل القسم وهي لا تضر ويديرها بالماء منع لانه يتصرف في حريم مشترك وحق مشترك .

فصـــل

سقي أرض أخرى

٣٢٩٩ـ وان أراد ان يأخذ الماء ويسقي به ارضا اخرى ليس لها رسم شرب من هذا النهر فمنهم من قال ليس له ذلك لانه يجعـل لنفسه شربا لم يكن له ، كما لايجوز لمن له داران في دربين متلاصقين أن يفتح من احدهما بابا الى الاخرى فيجعل لنفسه طريقا لم يكن له .

٣٣٠٠ـ وهذا قول اصحاب الشافعي واحدى الروايتين عن اصحابنا .

٣٣٠١ـ ومن أصحابنا من قال له ذلك لانه يأخذ حقه فله أن يعيره وله أن يجمده (كذا) والا ادى الى ضياعه .

٣٣٠٢ـ وقد ذكر الطحاوى فى مختصرة كتاب القسمة ان الدارين ان كانا لساكن واحد جاز له الفتح والعبر من احدهما الى الاخرى ، وان كان السـاكن لكل دار غير الآخر لم يجز[١] .

---

(١) فى نسخة قليج : (المقسم) .

(١) والمثال الوارد فى مختصر الطحاوى هو مثال«من اصابه فى قسمتهحجرة سفلا وعلوا من دار فأراد أن يفتح فى حائطها بابا من حجرة له سواها فى دار اخرىليتطرق من تلك الحجرة في هذه الدار لم يمنع مما يفعله في حائطه ، ثـم ينظر فان كان ساكن الحجرتين واحدا لم يمنع من التطرق في هذه الدار ، وان كان ساكن الحجر التي من وراء هذه الدار غير ساكن الحجر التى وقعت له من هذهالدار لم يخل بينه وبين ذلك » . (ص ٤١٥ من المختصر المذكور) .

٣٣٠٣ـ وسمعت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يحكي ان هذه المسألة جرت بين الطبرى من أصحاب الشافعي والقاضي الصيمرى استاذه رحمهما الله وطالبه بالحجة فقال الصيمرى : انما منع من ذلك لان الشفعة تستحق بالطريق في كل درب فلو اجزنا ذلك لاخذ بكل دار شفعة التى في الدرب الآخر ، وهـذا لايجوز ، وقال في نقل الماء من أرض الى اخرى انما لم يجز لان التنازع اذا وقع في الماء قسم على عدد الجريان ويتبع الشروب فيضر باصحاب النهر الاخر •

فصـــل

اختلافهما في قسمة الماء

٣٣٠٤ـ واذا اختلفا في الماء وقسمته فان أصحابنا قالوا يقسم على مســاحة الارض فيعطى كل أرض مايخصها •

٣٣٠٥ـ وحكى ابو موسى الضرير في مختصره ان من الفقهاء من قال يقسم على عدد الرؤوس كما قال في الشفعة •

فصـــل

اختلافهم في حريم النهر

٣٣٠٦ـ واذا اختلفا في حريم النهر لمن هو •

قال ابو حنيفة يكون لصاحب الارض لانه جزء منها ويكون تعبير الماء حقا عليه •

٣٣٠٧ـ وقال ابو يوسف ومحمد يكون لصاحب النهر حريما للقى طينه•

٣٣٠٨ـ وكم يأخذ من كل جانب ؟

قال ابو يوسف مثل ذرع نصف بطن النهر وقال محمد مثل بطن النهــر لانه لايمكن النفع به الا بحريم كالبئر •

٣٣٠٩ـ وهو قول الشافعي في الحريم انه لصاحب النهر •

فصـــل

اختلافهم في الكري

٣٣١٠ـ واذا اختلفا في الكرى في النهر فابو حنيفة يلزم الجميع بالحفــر الى آخر ضيعة كل واحد ، فيكرى الاول حتى ينزل عن ضيعته ويسقط من الشركاء كأنه لم يكن وكذلك أبدا الى آخر النهر •

٣٣١١ـ وقال أبو يوسف ومحمد يشتركون في الجميع من أوله الى اخره ، لان الماء اذا قام افسد النهر •

فصـــــل

كيفية الكري

٣٣١٢ ـ وكيف يكون الكرى ؟

يكون على قدر الجربان في قولهم جميعا •

٣٣١٣ـ واذ قد ذكرنا مايملك بغير عوض بفعل واحد وجب ذكر مايملك بالشـــركة •

كتاب الشركة

جواز الشركة[1]

٣٣١٤ ـ اعلم ان الشركه في الجملة جائزه

٣٣١٥ ـ وقد كانت في الجاهلية وسائر الشرائع ، وهي في الاسلام ثابتة .

٣٣١٦ ـ واقرهم النبي (ع) عليها .

٣٣١٧ ـ وقد روى ان اسامة بن شريك العقيلي (٢) اتى النبي (ص) فقال له :

ـ أتعرفني

ـ فقال :

ـ وكيف لا اعرفك وقد كنت شريكي ، كنت نعم الشريك لا تداري ولا تماري

٣٣١٨ ـ وقد اجازها سائر الفقهاء

---

(١) الشركة والشركة سواء: مخالطة الشريكين . يقال : اشتركا بمعنى تشاركا (لسان العرب) .

(٢) هكذا جعل السمناني نسبة اسامة الى بني عقيل أما اسد الغابة ففيه (١ ـ ٦٦) ان اسامة بن شريك ثعلبي من ثعلبة بن سعد عداده في أهل الكوفة . سمع اسامة يقول : اتيت النبي واصحابه كأنما على رؤسهم الطير فجاءته الاعراب من جوانب يسألونه عن اشياء لا بأس بها فقال رسول الله (ص) : عباد الله وضع الحرج او قال رفع الحرج الا من اقترض امرأ عظيماً فذلك الذي حرج وهلك .

أنواع الشركات

٣٣١٩ ـ وهي على ضربين : شركة املاك وشركة عقود .

ما يصح فيه الشركة وما لا يصح

٣٣٢٠ ـ فالشركة تثبت في الملك بالميراث والوصـــايا والوقوف والهبات والغنيمـــة

وتصح في الاعيان والمنافع

٣٣٢١ ـ ولا تصح في استباحة البضع في النكاح ولا في ملك اليمين (١)

فصـــــل
أنواع شركة العقود

٣٣٢٢ ـ وشركة العقود على ضربين :

١ ـ منها ما يصح بفعلها وهي الشركة في البيع والاجارة

٢ ـ ومنها ما يشتركان عليه فيما يبيعان ويشـــتريان وهي على اربعـــة اضـــرب :

٣٣٢٣ ـ شركة مفاوضة (٢) : وهي التي يعتبر في صحتها التساوي في المال

(١) اي ان الشركة في هذه الامور تعد باطلة لمخالفتها لاحكام الشـــرع الآمره والناهية وبعبارة الفقه الوضعي الحديث لمخالفتها للنظام العام والاداب .

(٢) هي ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضـــوره ، وذلك واقع عندهم في جميـــع الممتلكات (بداية المجتهد ٢/٢١٠) .

والصفات ، ولا تصــح بين مسلم وذمي ، ولاحر وعبــد ولا كبير وصغير ، ولا يجوز ان يبقى لاحدهما من المال الناض (١) مالا يدخل في الشركة ،

٣٣٢٤ ـ ومتى زاد مال احــدهما على الآخر فسدت الشركة وهذا قول اصحابنـــا

٣٣٢٥ ـ وقال ابن ابي ليلى: ما يرثه احدهما او يوهب له او يحصل بسبب من الاسباب فهو لهما ايضاً (٢)

---

(١) في النسختين النض .

(٢) الظاهر مما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان المفاوضة ترجــع الى عــرف جاهلي قديم هو التآخي بين شريكين بتوحيــد ذمتهما المالية ، وقد كان نظــام التآخي يقوم على اســاس من اندماج عام في الذمــه والمسؤولية وكانت صــيغته دمي دمك وهدمي هــدمك ، وترثني وارثك ، وحيث ان هذه الصورة من صور الشركات ترجــع الى اعــراف بداثيه في مجتمع قبلي يقوم على العصبيه وســلطة ارباب الأسر فقد اســتنكر هذه الشركة الشافعي وذهب الى أنها باطلــة لأنها تتنافى مع ما تقرر في الشرع الاسلامي من اســتقلال الذمم ومن المسؤوليه الفرديه في الاموال وعن الافعال . وقــد جــاء في بداية المجتهد (٢/٢١٠) «واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وابو حنيفـــة بالجملـه على جوازها وان كان اختلفـــوا في بعض شروطها ، وقال الشافعي لا تجوز . وجاء في كتاب الافصاح لابن هبيره (١/٢٥٧) » واختلفوا في شركة المفاوضه وشركة الوجــوه وشركة الابدان، فقال ابو حنيفةتصح كلها ، وقال احمد كلهــا ، صحيحة الا شركة المفاوضه فانها باطلة .

٣٣٢٦ ـ وقال الشافعي : ان لم تكن شركة المفاوضه باطلة فليس في الدنيا عقد باطل (١)

تكييف شركة المفاوضة

٣٣٢٧ ـ وهي عقد يتضمن الوكالة والكفالة من كل واحد منها لصاحبه ، لأن تصرف الغير لا يجوز على غيره الا باذنه او ولاثه عليه . وإذا لم يكن ولياً فهو وكيل وكفيل (٢)

٣٣٢٨ ـ ويكون كل ما يشتريه احدهما لهما وما يلزمه من العقود عليهما ، وما تلف بالغصب والاستهلاك عليهما عند ابي حنيفة

٣٣٢٩ ـ وقال ابو يوسف يلزم المستهلك خاصة لأنه ليس من الشركة

٣٣٣٠ ـ وابو حنيفة يقول يصح ضمانه فدخل في الشركة

٣٣٣١ ـ وما تكفل احدهما من مال لزم صاحبه عند ابي حنيفة

٣٣٣٢ ـ وقال ابو يوسف يلزم الكفيل وحده

٣٣٣٣ ـ وما يشتريه احدهما من الطعام لنفسه القياس ان يكون لهما ، والاستحسان ان يكون لمن اشتراه لأنه يحتاج اليه فهو كالكسوة والزوجة

---

(١) علل ابن رشد قول الشافعي ببطلان شركة المفاوضه بالغرر فاذا « اشترط كل واحد منها ربحاً لصاحبه في ملك نفسه فذلك هو الغرر ، ومما لا يجوز » (بداية المجتهد ٢/ ٢١٠) .

(٢) « واما مالك فيري ان كل واحد منها قد باع جزاً من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده (بداية المجتهد ٢/ ٢١٠)

يكون له والقياس انه يصح ان يشتري للشركة فكان يجب دخوله فيها .

٣٣٢٤ ـ وقد روى عن ابي يوسف انها تصح بين المسلم و الذمى

٣٣٢٥ ـ لأن الخمر مستثناة في حق اهل الذمه

فصل

شركة العنان

٣٣٢٦ ـ والضرب الثاني شركة العنان

وهي شركة أخص من الاولى

٣٣٣٧ ـ وقال مالك لا اعرف العنان

٣٠٣٨ ـ وتجوز عندنا مع تساوي الصفة واختلاف الصفة في العاقد والمعقود عليه من المال .

٣٣٣٩ ـ وتصح من المسلم والذمى والحر والعبد والصبي والبالغ

٣٣٤٠ ـ ويجوز ان يبقى لشريكه من المال الناض ما يفضل عن الشركة

٣٣٤١ ـ وتجوز مع خلط المال وغير خلطه (١)

---

(١) خلط المال معناه ان الشركة يكون لها جرثومة ذمة

فصــــل

ما يكره من شركة العنان

٣٣٤٢ ـ ويكره شركة المسلم للذمى لقول ابن عباس لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً

٣٣٤٣ ـ قال ابو حمزة : قلت لم ؟ قال لأنهم يربون ، والربا لايحل

فصــــل

ما تصح به الشركة

٣٣٤٤ ـ ولا تصح الشركة الا على الدراهم والدنانير ولا تصح على العروض

٣٣٤٥ ـ قال ابن ابي ليلى : تصح على العروض ايضاً

٣٣٤٦ ـ واختلفت الرواية في الفلوس اذ كانت نافقه : فهي في رواية مثــل العين الذهب والفضة وفي الاخرى كالعروض لأن الدراهم والدنانير بها تعرف القيمه ويقوم المستهلك

فصــــل

حكم ما له مثل من العروض

٣٣٤٧ ـ واما العروض فعلى ضربين : منها ماله مثل وهو المكيل والموزون ، فاذا اشتركا على ذلك وخلطاه جاز ذلك

٣٣٤٨ ـ وروى عن ابي يوسف انه لا يجوز

٣٣٤٩ ـ ولاصحاب الشافعي وجهان في جواز ذلك لأنهـا من ذوات الامثال كالذهب والفضه والثاني انها من غير جنس الاثمان كالعروض

فصـــل

ما لا مثل له من العروض

٣٣٥٠ ـ والضرب الثاني ما لا مثل له كالحـيوان والثياب ، وما له قيمة لا لا تجوز الشركة عليه لأن القيمة تزيد وتنقص فلا يؤمن أن يأخـذ احدهما ما لصاحبه

فصـــل

الخلط

٣٣٥١ ـ والخلط غير شرط في صحة الشركة في الاثمان عندنا

٣٣٥٢ ـ وقال الشافعي هو شرط.

فصـــل

شرط وحدة جنس المالين

٣٣٥٣ ـ واعتبر الشافعي في صحة العنان ان يكون مال احدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته ، فان كان مال احدهما دنانير والآخر دراهـم او مال احدهما صحاحاً والآخر قراضة ، او مال احدهما من سـكة ومال الآخر من سكة اخرى لم تصح الشركة.

فصـــل

التفاضل في الربح أو المال

٣٣٥٤ ـ ولا تصح الشركه عنده مع التساوي في المال ، والتفاضل في الربـح ولا التفاضل في المال والتساوي في الربح

٣٣٥٥ ـ وهو قول زفر

٣٣٥٦ ـ وقال اصحابنا تجوز في هذه الوجوه كلها اذا تساوت القيمة في النقود المختلفة

فصل

الربح والوضيعة

٣٣٥٧ ـ وقالوا : يكون الربح على ما شرطاه والوضيعة على قدر رأس المال

٣٣٥٨ ـ وقال الشافعي الجميع على قدر رأس المال

فصل

الوكالة دون الكفالة

٣٣٥٩ ـ وهي معقودة عندنا على الوكالة دون الكفاله لأنها لا تقتضي التساوي

فصل

مأخذ التسمية

٣٣٦٠ ـ وهي مأخودة من عنان الدابة وبهذا فارقت المفاوضة

قول علي في الربح والوضيعة

٣٣٦١ ـ وروى عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال :
الربح على ما شرطاه والوضيعة على رأس المال

٣٣٦٢ ـ ولأن ما جاز ان يستحق به الربح في المضاربة جاز ان يستحق به في الشركة كالمال ، ولأن الوكالة تجوز على هذا الوجه فجازت الشركة

ولأنها مالان كأنها ربع العشر في جميع الاحوال كالجنس الواحد والصفة الواحدة . وكونها لا يختلطان لم يمنع ان يكونا من جنس الاثمان ، وبهذا فارق العروض

فصل

تفاضل المالين

٣٣٦٣ ـ واختلف اصحاب الشافعي هل تجوز مع تفاضل المالين في القدر ؟
على وجهين
منهم من قال تصح
ومنهم من منع ذلك

٣٣٦٤ ـ والصحيح قالوا هو الاول ،وهو قولنا لأن المقصود بالشركة حاصل مع التفاضل في القدر .

فصل

هلاك المالين أو أحدهما

٣٣٦٥ ـ واذا هلك المالان قبل الخلط او احدهما بطلت الشركة (١) لأنه معقود عليه وقد فات كالمبيع اذا تلف في يد البائع

فصل

ما اشترياه على الشركة

٣٣٦٦ ـ وان اشتريا او احدهما شيئاً قبل الهلاك على الشركة فهو بينهما ويلزمها

(١) لم يذكر حكم هلاك المالين بعد الخلط وقد ورد ذلك في تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي

الثمن بالحصص لأنهما اشـتريا على الشركة وثبت الثمن عليهمـا جميعـاً (١).

فصـــــل

ما لكل شريك من التصرفات

٣٣٦٧ ـ ولكل واحد ان يتصرف في المال بغير اذن الآخر، وقال الشـافعي ليس له ذلك

٣٣٦٨ ـ لأن هذا مقتضى الشركة وعادة التجار، فحمل الأمر عليه

فصـــــل

السفر بالمال وإيداعه

٣٣٦٩ ـ ويسافر بالمال، ويودعه لمن أحب لأن هذا هو العادة

فصـــــل

دفع مال شركة العنان مضاربة

٣٣٧٠ ـ وهل له ان يدفع ذلك مضاربة الى غيره ؟

قال في الأصل (٢) عن ابي حنيفة يجوز ذلك، وقال الحســن عنه لا

---

(١) هنا ايضاً تظهر فكرة اعتبار الشركة شيئاً مستقلا عن ذمم الشركاء، فمع ان الشركة عدت باطلة الا ان العقد الذي عقد لزم الشـركاء لانها قبل البطلان كانت جرثومه ذمة. وتبدو دقة عبارته ومـدى دلالتها على ما نقوله في قوله « لأنهما اشتريا على الشركة ».

(٢) كتاب الاصل لمحمد بن الحسن الشيباني

يجوز بغير اذن شريكه لأن هذا شركة لغيرهما ، والصحيح هو الاول لأن له ان يستأجر من يعمل في المال بأجرة

فصـــــل

شركة الأبدان والضائع

٣٣٧١ ـ والضرب الثالث من الشركة شركة الابدان والصنائع

٣٣٧٢ ـ فهي جائزة عندنا اتفقت الصفة ام اختلفت

٣٣٧٣ ـ وقال زفر : ان اشتركا في عمل واحد جاز ، وان كان عملها مختلفاً لم يجز كالخياط والقصار والحداد والاسكاف

٣٣٧٤ ـ وقال الشافعي لا تجوز شركة الابدان بحال

٣٣٧٥ ـ لقوله عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم » ولأنهـا (١) شركة يتعاقدها الناس فصارت كالعنان

٣٣٧٦ ـ وقال الشافعي : اذا عملا وكسبا اخذ كل واحد اجرة عمله لأنه بذل عمله فاختص بها

٣٣٧٧ ـ وقال فى شركة المفاوضة : يأخذ كل واحد منهما ربح ماله واجرة عمله ، وكل واحد منهما يضمن ما غصبه وأشتراه دون صاحبه

فصـــــل

شركة الوجوه

٣٣٧٨ ـ والضرب الرابع من الشركة شركة الوجوه ، وهي ان يعقدا الشركة

(١) في نسخة المعهد(لا) رهو غلط كما هو ظاهر من ضبط الكلمه في نسخة قليج ومن سياق الكلام

على ان يشارك كل واحد منهما صاحبه في ربح ما يشتريه بوجهه ، فهذه شركة جائزة عندنا

٣٣٧٩ ـ وقال الشافعي باطلة

فصـــل

انعقادها على الوكالة

٣٣٨٠ ـ وهي منعقدة على الوكالة فيما يشتريه كل واحد منهما لصاحبه وله ، لأنها نوع شركة يتعامل عليها الناس كالعنان

٣٣٨١ ـ وقول من قال ان الشركة تبطل اذا هلك المال ، فاذا عقدها مع عدم المال كان العقد باطلا لا يصح ، لأن الرجل لو وكل رجلا بأن يشتري له متاعاً بمال معين فهلك بطلت الوكالة ، ولو وكله بشراء في الذمه صحت الوكالة فكذلك ههنا رضي باثبات المال في ذمته

فصـــل

مأخذ التسمية

٣٣٨٢ ـ وانما سميت وجوه لأنه لا يشتري بالنسيئة الا من له قول صحيح ووجه بين الناس

فصـــل

توزيع الربح

٣٣٨٣ ـ ويكون الربح بينهما على قدر ما دخل في ضمان كل واحد منهما لأن الربح يستحق اما بالمال او العمل او الضمان ، فالمال مجمع عليه في شركة العنان ، والعمل في المضاربة ، والضمان فقد دل عليه الشرع لما نهى عن ربح مالم يضمن وهذا قد ضمن

فصـــــل
الاحتطاب والاحتشاش إلخ

٣٣٨٤ ـ ولا تجوز الشركة على الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد لأن ذلك مباح لا يملك ، وانما يملك بالحيازة (١) فمن أخذه ملكه ولهذا لو وكل رجلا بأن يصـــطاد له لم يصح وكان ما يأخذه لنفســـه ، ولكل واحد منهما ما أخذه من الصيد والحطب والحشيش

فصـــــل
احتش أحدهما وأعانه الآخر

٣٣٨٥ ـ روان احتش احدهما واعانه الآخر فهو كله للذي احتش وللآخـــر أجر مثله لا يجاوز به أجر ما سمى في قول أبي يوسف

٣٣٨٦ ـ وقال محمد أجر مثله بالغا ما بلغ

فصـــــل
مسألة البغل والراوية

٣٣٨٧ ـ واذا كان لرجل بغل ولآخر راوية (٢) فاشتركا على ان يسقي الماء ويكون الكسب بينهما لم تصح الشركة ، ويكون الكسب كله للســـقاء وعليه اجرة الراوية ان كان البغل له ، وان كانت الراوية له فاجـــرة البغـــل عليـــه .

---

(١) في عصرنا ينبغي ان تجوز الشركة على الاصطياد في البحار سفن خاصة لان ذلك يستلزم الشركةفي العمل ورأس المال ولان العرف جرى به .

(٢) الراوية هي القربة

٣٣٨٨ - لأنها شركة على مباح فلم تصح كالعبيد

٣٣٨٩ - وقال اصحاب الشافعي :

واذا اخذ رجل من رجل جملا ومن آخر راوية على ان يسقي الماء ويكون للكسب بينهم فقد قال الشافعي في موضع يجوز ، وقال في موضع آخر لا يجوز، فمن اصحابه من قال ان كان الماء مملوكاً للسقاء فالكسب له ويرجع عليه صاحب الجمل والراوية باجرة المثل ، وان كان الماء مباحاً فالكسب بينهم اثلاثاً ، لأنه استقى الماء على ان يكون بينهم فكان الكسب بينهم

٣٣٩٠ - ومنهم من قال : ان كان الماء مملوكاً للسقاء كان الكسب له ويرجعان عليه بالاجرة ، وان كان مباحاً ففيه قولان :

احدهما يكون بينهم اثلاثاً لأنه اخذه على ان يكون بينهم فدخل في ملكه كما لو اشترى شيئاً منهم باذنهم ، والثاني ان الكسب للسقاء لأنه مباح اختص بحيازته ويرجعان عليه بأجر المثل لأنهما لم يبذلا منفعة الجمل والراوية فرجعا باجرة المثل

فصل

الشركة بين صاحب جمل وصاحب بغل

٣٣٩١ - وقد قال اصحابنا : لو ان رجلا له جمل ولآخر بغل فاشتركا على ان يحملا عليهما المتاع، ويكون الكسب بينهما نصفين فالشركة فاسدة ، وما عمل كل واحد منهما لنفسه ، وان اختلط قسم على قدر اجرة كل واحد منهما مثل المبيعين المختلفين يقسم الثمن عليهما

فصل

٣٣٩٢ - ولو تقبلا الحمل وحملا على الجمل والبغل قسم الأجر بينهما نصفين لانهما ضمنا ذلك بالسواء

فصـــــل
مشاركة المرتد

٣٢٩٣ ـ وايهـما مات بطلت الشـركة ، وكذلك اذا ارتد احدهما ولحـق بالدار (١) ، لأن أمره قد بطل فبطلت الشركة

فصـــــل
تصرف المرتد

٣٣٩٤ ـ وهذا قول ابي حنيفه لأن تصرف المرتد موقوف عنده

٣٢٩٥ ـ وعندابي يوسف تصرفه تصرف الصحيح ،وعند محمد تصرف المريض

٣٢٩٦ ـ ولو كان مكان الرجل امـرأة فتصرفها جـائز لأنها لا تقتـل بالردة عندهم جميعاً

فصـــــل
الشريك أمين

٢٢٩٧ ـ والشريك امين فيما في يـده ، فان هلك المال من غيره فعله فلا ضمان عليه لأنه أمر في الحفظ والتصرف ، وكاد الهالك في يده كالهالك في يد شريكه كالمودع

فصـــــل
القول قول من في ادعاء الهلاك

٢٢٩٨ ـ وان ادعى الهلاك فالقول قوله لانه إمين كالمودع

---

(١) اي بدار الحرب

٣٣٩٩ ـ وقال الشافعي :

ان كان بسبب ظاهر فالقول قوله بغير بينة في السبب ، فاذا اقام البينة بالسبب فالقول قوله في الهلاك

٣٤٠٠ ـ وان كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه ، لأنه يتعذر اقامة البنية على الهلاك فكان القول قوله مع يمينه

فصل

ادعاء الخيانة

٣٤٠١ ـ واذا ادعى احدهما على آخر خيانة فانكر شريكه فالقول قوله لأن لأن الأصل عدم الخيانة .

فصل

قرينة اليد

٣٤٠٢ ـ وان كان في يده عين فادعى شريكه بان ذلك من مال الشركة ، وادعى هو انه له فالقول قوله مع يمينه لان من في يده شيء فالظاهر انه له(١) .

فصل

القول لمن فيما اشتراه الشريك

٣٤٠٣ ـ وان اشترى شيئاً فيه ربح وادعى الشريك انه اشتراه للشركة ،

---

(١) هذه القاعدة الى التي صاغها الفقه الاسلامي ادق من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في القوانين المدنية الوضعية لانها اشمل وابعد عن التماس المخرج بافتراض السند .

وقال الذي في يديه : انما اشتريته لنفسي او اشترى شيئا فيه خسارة فادعى الشريك انه اشتراه لنفسه وقال هو انما اشتريته للشركه فالقول قوله مع يمينه لأنه اعترف بعقده ونيته .

فصل

الشركة عقد غير لازم

٣٤٠٤ ـ والشركة عقد جائز غير لازم وايهما فسخ الشركة انفسخ بينهما جميعاً .

فصل

اشترى جارية للوطء بإذن

٣٤٠٥ ـ واذا اشترى احد المتفاوضين جارية لوطئها باذن شريكه جاز ، واذا ادى الثمن من مال الشركة يكون شريكه متطوعاً في نصيبه ولا يرجع بشيء عليه في قول ابي حنيفة ، وعندهما لشريكه ان يرجع عليه بنصف الثمن، ويكون اذن الشريك على وجه القرض

فصل

رجوعه بنصف ثمن الطعام

٣٤٠٦ ـ واتفقوا انه يرجع في الطعام إذا اشتراه لعياله بنصف الثمن ، ذكره في الجامع الصغير .

فصـــــل

تأخير الدين

٣٤٠٧ ـ والدين اذا كان لمتفاوضين فأخر احدهما الدين تأخر في حقه وحق شريكه سواء اقال له اعمل برأيك او لم يقل ، وفي شركة العنان اذا أخر ان قال احدهما لصاحبه اعمل برأيك فهو مثل المفاوضة يجوز تأخيره في الكل ، وان لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل فيه برأيك فاذا كان هو الذي تولى العقد جاز تأخيره في الكل ، وان كان صاحبه تولى العقد أو كلاهما لم يجز تأخيره في نصيبه ولا نصيب شريكه عند ابي حنيفة وعند محمد يجوز في نصيبه ولا يجوز في نصيب شريكه ويضمن حصة شريكه في قول أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز في قول أبي يوسف ، وهو مثل اختلاف الوكيل اذا حط أو ابرأه او أخره.

٣٤٠٨ ـ ولو كان تولى العقد احدهما او كلاهما فان في قول أبي حنيفة لا يجوز في شيء وفي قولهما يجوز في نصيبه خاصة .

فصـــــل

الآثار المروية في المضاربة

٣٤٠٩ ـ ومسائل الشركة كثيرة وفيها كل عجب واذ قد ذكرنا شركة المال من الطرفين وجب ذكر شركه المال من احدهما .

كتاب المضاربة

وهذا كتاب المضاربة

المضاربة والقراض

٣٤١٠ ـ ترجم اصحابنا هذا الكتاب بالمضاربة وقال اهل الحجاز يترجم بالقراض ، والضرب مشتق من الضرب في الأرض .

فصل

الآثار الواردة في المضاربة

٣٤١١ ـ وقد روى عن عائشة رحمها الله أنها دفعت مال ايتام عندها مضاربة

٣٤١٢ ـ وكان العباس رحمه الله اذا دفع الى رجل مالا مضاربة شرط عليه ان لا يسافر به في بر ولا بحر ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة ، وان فعل شيئاً من ذلك ضمن فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فاجازه (١) .

(١) هذا مثال لتعامل العرب في الجاهلية في التجارة وما كانوا يشترطونه من شروط في عقد المضاربة وقد كان اقتران العقد بالشرط جائزاً في اعرافهم فقد جاء في كتاب انساب الاشراف للبلاذرى (قول الافعى الجرمي) احد محكمي العرب في الجاهلية «الشرط املك» وكان قوله هذا بصدد عقد زواج اقترن باكثر من شرط

فصـــــل

أحكام المضاربة

٣٤١٣ ـ وعقد المضاربة له احكام : فقبل التصرف فيه يكون المــال امانة كالوديعة لأنه قبض باذن صاحبه لا على وجه التمليك والوثيقة .

فصـــــل

٣٤١٤ ـ واذا اشترى به فهو وكالة لأنه تصرف في مال غيره بأذنه
واذا ربح صار شريكاً لأنه ملك جزءاً من المال

فصـــــل

المضاربة الفاسدة

٣٤١٥ ـ واذا فســد العقد صار اجارة لأن الواجب اجر المثل وهذا يجب في الاجارة .

فصـــــل

مخالفة العامل

٣٤١٦ ـ واذا خالف صار غاصباً لأنه يتصرف في مال غيره بغير اذنه

فصـــــل

عقد على مال وعمل

٣٤١٧ ـ وهي عقد على مال من أحد الجانبين وعلى عمل من الجانب الآخر ، وبهذا خالفت الشركة

فصـــــل

شرط الربح

٣٤١٨ ـ ولا بد من شرط الربح فيها ، لأنه ان شرط الربح لرب المال كان ذلك بضاعة وان شرط للعامل كان قرضاً

٣٤١٩ ـ وقال الشافعي يكون مضاربة فاسدة ، فالتمليك ينعقد به البيع والهبة

فصـــــل

في العروض

٣٤٢٠ ـ ولا تنعقد على العروض

٣٤٢١ ـ وبه قال الشافعي

٣٤٢٢ ـ وقال ابن ابي ليلى تنعقد

٣٤٢٣ ـ لأن القيمة مختلفة فيؤدي الى أخذ جزء من رأس المال ونصيب العامل

فصـــــل

مال معلوم

٣٤٢٤ ـ ولا تجوز الا على مال معلوم الوزن والقدر والصفة .

٣٤٢٥ ـ فأن قارضه على دراهم جزفاً لم يصح لأنه يقتضي رد رأس المال فاذا كان مجهولا لا يدرى ما يرد فبطل العقد

فصل

دفع إليه كيسين أحدهما مضاربة والآخر وديعة

٣٤٢٦ـ واختلف فيه اذا دفع اليه كيسين في كل واحد الف درهم فقال اعمل باحدهما مضاربة والآخر وديعة عندك.

فنهم من قال يصح لأنهما متساويان معلومان ، ومنهم من قال لا يصح لأنه لم يبين مال المضاربة من الوديعة

فصل

المضاربة في مال الوديعة

٣٤٢٧ـ وذا كان عند رجل وديعة فقال له المالك اعمل بها مضاربة جاز لأن المال بيده معلوم العدد والصفة.

فصل

المضاربة في المغصوب

٣٤٢٨ـ وان كانت الالف مغصوبه عنده فنهم من قال تصح المضاربة كالوديعة ، ومنهم من قال لا تصح لأنه مقبوض قبض ضمان فلا يصير مقبوضاً قبض أمانه ، والاول عندنا اصح

فصل

على جزء من الربح معلوم

٣٤٢٩ـ ولا تصح الا على جزء من الربح معلوم ، فأن كان غير معلوم لم تصح لأنه يقع على القليل والكثير

فصـــل

عند عدم اشتراط الربح

٢٤٣٠ ـ واذا لم يشترط الربح لم يكن العقد مضاربة بل بضاعة او قرضاً .

فصـــل

بالدراهم المغشوشة

٣٤٣١ ـ وتصح بالدراهم المغشوشه لأن التعامل يصح بها كالجياد

٣٤٣٢ ـ وقال الشافعي لا تصح لأنها مغشوشة كما لو كان الغش اكثر

فصـــل

المضاربة بثمن الثوب

٣٤٣٣ ـ وان اعطاه ثوباً وقال له بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز

٣٤٣٤ ـ وقال الشافعي لا يجوز

٣٤٣٥ ـ لأنه وكله ببيع الثوب وان يشتري بثمنه غيره فجاز كالوكيل

فصـــل

شيوع الربح

٣٤٣٦ ـ ولا يجوز حتى يكون الربح بينهما مشاعاً فان سمى لاحدهما دراهم مسماة لم يجز ، لأنه يجوز ان لا ربح غير ذلك فيؤدي الى ان ينفرد احدهما بالربح كله

فصـــــل

الشروط الفاسدة

٣٤٣٧ ـ والشروط الفاسدة التي تؤدي الى جهالة الربح تفسد المضاربة ، لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالة المعقود عليه توجب الفساد

فصـــــل

شرط الوضيعة

٣٤٣٨ ـ وما لا يؤدي الى جهاله الربح كشرط الوضيعة ان يكون عليهما لا يمنع الصحة ويكون على رب المال ، لأن من شرط الوضيعة ان يكون على رب المال فلا تلزم غيره

فصـــــل

استحقاق العامل الربح

٣٤٣٩ ـ ولا يستحق العامل الربح الا بالشرط لأن رب المال يستحق الربح لأنه نماء ماله ،فلا يفتقر الى شرط ، ولهذا اذا فسدت كان جميع الربح لـه

٣٤٤٠ ـ والمضارب لا يستحق الا في مقابلة عمله ، وذلك لا يتقوم الا بالعقد

فصـــــل

مقدار حصة العامل

٣٤٤١ ـ واي جزء شرط للعامل من النصف والثلث وما زاد ونقص جـاز

لأنه يستحقه بالشرط ، فلا فرق بين القليل والكثير

فصـــــل

الربح بيننا

٣٤٤٢ ـ وان قال رب المال على ان يكون الربـــح بيننا : فمنهم من قال لا يصح لأنه مجهول لأنه يقع على التساوي والتفاضل ، ومنهم من قال يصح ، وهو الصـحيح لأن الاضافه تقتضي التساوي كما لو (قال) هذه الدار لزيد ولعمرو

فصـــــل

لي نصف الربح

٣٤٤٣ ـ ولو قال عـــلى ان لي نصف الربح ، اعني رب المال ، فالقياس ان لا يصـــح لأنه ذكر حقه وســـكت عن الباقي ، وهو يستحقه مع السكوت فلم يصح، والاستحسان ان يصح ويكون بينهما نصفين ، لأن الربح بينهما

٣٤٤٤ ـ فاذا ذكر نصيب نفسه حمل الباقي على انه للشريك كما قال تعالى: « وورثه ابواه فلامه الثلث » دل على ان الباقي للاب .

٣٤٤٥ ـ ولاصحاب الشافعي وجهان : احجهما انه لا يصح لأن الربح كله لرب المال ، ولم يذكر العامل

فصـــــل

لك النصف

٣٤٤٦ ـ وان قال على ان لك النصف صح عندنا لأن مال رب المال لا يحتاج الى شرط ، وانما يحتاج العامل الى ذلك ، والباقي يبقى على رب المال ، وهذا هو الصحيح عند اصحاب الشافعي

٣٤٤٧ ـ ومنهم من قال لا يصح لأنه لم يبين ما لرب المال

فصـــــل

لك النصف ولي الثلث

٣٤٤٨ ـ وعلى هذا الأصل لو قال : لك النصف ولي الثلث وسكت عن السدس كان لرب المال لأنه ثبت الجميع له مع السكوت

فصـــــل

فضل الله بيننا

٣٤٤٩ ـ ولو دفع المال وقال :

اشتر به فما كان من فضل الله فهو بيننا ، فأن ذلك مضاربة استحساناً ، لأن الفضل لا يحصل الا بالبيع ، والقياس ان لا يكون مضاربة لأنه لم يذكر البيع والشراء

فصـــــل

تسلم مال المضاربة

٣٤٥٠ ـ ولابد من تسليم المال الى المضارب ، وزوال يد رب المال عنه ، لأنه

أمانة فلا يتم بغير قبض كالوديعة ، وبهذا فارقت الشركة

فصـــــل

المضاربة المطلقة والمقيدة

٣٤٥١ ـ وتجوز المضاربة مطلقة ومقيدة بمـدة معينة

٣٤٥٢ ـ ومن اصحاب الشافعي من قال :
لا تجوز بشـــرط المدة فيه لأنه تجوز مطلقاً فلا تجوز موقتاً كالنكاح والبيـع .

٣٤٥٣ ـ ومنهم من قال انه عقد الي مدة على ان لا بيع بعدها لم يصــح لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح ، وان عقدها على مدة على ان لا يشتري بعدها صح ، لأنه يملك البيع بعدها

فصـــــل

التعميم والتخصيص في المضاربة

٣٤٥٤ ـ ويجوز عندنا ان يعم بها سائر التجارات وسائر الاشخاص، ويجوز ان يخصها بنوع دون نوع ، وان يشتري من رجل بعينه ، وبأن لا يبيع الا في سوق بعينه

٣٤٥٥ ـ وقال الشافعي لا تصح الا على التجارة من جنس يعم ، كالثيــاب والطعام والفاكهه في وقتها ، فأن عقدها على ما لا يعم كالياقــوت الاحمر والخيل البلق ، والتجارة في سلعة بعينها لم يصح

٣٤٥٦ ـ لأن الوكالة تصح على هذا الوجه فكذلك المضاربة كما لو عمم

فصـــل

ما يتولاه العامل

٣٤٥٧ ـ وعلى العامل ان يتولى ما جرت العادة به كالنشر والطى والايجاب والقبول ووزن الثمن وما خف كالعود والمسك لان العادة جرت بذلك بين التجار

فصـــل

التقاضي

٣٤٥٨ ـ وان سرق المال منه او غصب فله ان يخاصم فيه الغاصب والسارق لأن التجارة تقتضي حفظ المال

٣٤٥٩ ـ وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعي

ومنهم من قال ليس له الخصومة لأنها معقودة على التجارة فـلا تدخل فيها الخصومه

فصـــل

دفع المضارب المال مضاربة

٣٤٦٠ ـ وليس له ان يدفع المال مضاربة الا ان يقول له اعمل برأيك ، فان فعل ضمن وهو قول الشافعي وقولنا

فصـــل

الخلاف في كتاب المضاربة

٣٤٦١ ـ والخلاف في كتاب المضاربة عند اصحابنا يتفرع على اربع مسائل

٣٤٦٢ ـ احدها ان رجلا لو دفع الى آخر مضاربة بالنصف ثم زاده سدس الربح فان كان ذلك قبل القسمة جازت الزيادة والحط في قولهم جميعا ، وان كان بعد القسمة تجوز الزيادة والحط في قول ابى يوسف .

وعند محمد يجوز الحط ولا تجوز الزيادة .

فصل

حساب الهالك من الربح

٣٤٦٣ ـ والثانية ان يدفع الفاً مضاربة فعمل بها من ربح الفاً ، ثم دفع اليه الفاً اخرى بالثلث وأمره ان يعمل فيها برأيه ، فخلط خمسمائة من الألف الثاني بالاول فصارت الفين وخمسمائة ، فهلك من الجملة الف فابو يوسف يجعل الهالك كله من الربح ، ويقال هو قول ابي حنيفة .

٣٤٦٤ ـ وقال محمد يهلك من المالين جميعا اربعة اخماسه من الاول وخمسه من الباقي قياسا على ماقالوا في كتاب الايمان اذا اطعم عشرة مساكين صاعا جاز في قول محمد ويجعل بمنزلة كفارتين مختلفتين ، وابو حنيفة وابو يوسف يجعلان ذلك بمنزلة كفارة واحدة .

فصل

٣٤٦٥ ـ والثالثة اذا استأجر اجيراً ثم دفع الى الاجير الف درهم مضاربة في قول محمد جازت المضاربة والربح على ما شرطاه ، ويرجع الآخر بمقدار ما عمل من المضاربة .

فصـــــل

٣٤٦٦ ـ والرابعة ان رجلا لو دفع الى رجـل الفاً مضاربة ، فاشترى بالالف ثيابا ثم استقرض مائة درهم ثم اكترى بها بغالا تحمل الثياب ، ثم اراد ان يبيعها مرابحة قال في الكتاب يبيعها مرابحة على الف ومائة ، وحصـــة الهالك للمضـارب ، وقيل هو قول ابي حـنيفة ، وعندهما لا يبيـع الا بالف والمضارب متطوع

فصـــــل

اشترى من يعتق عليه

٣٤٦٧ ـ واذا اشترى المضـــارب من يعتق عليه صح الشراء ، واذا ظهر في المال ربح عتق عليه .

ومن اصحاب الشافعي من قال لا يصح الشـــراء ولا يعتق لانـــه لا يملك بظهور الربح في احد القولين .

فصـــــل

اشترى زوج المرأة

٣٤٦٨ ـ ولو اشترى زوج المرأة صح الشـــراء وبطل النكاح وقال الشافعي لا يصح الشراء لانه يضر رب المال .

وكذلك المأذون اذا اشترى الى مولاه جاز ، وعتق عليه ان لم يكن عليه دين خلافه لا يصح

فصل

ضياع المال في المضاربة الفاسدة

٣٤٦٩ - وحكى الطحاوي في المختصر(١) ان المال اذا ضاع في المضاربة الفاسده فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ، وقالا عليه الضمان .

٣٤٧٠ - لانه قبض على وجه الامانة

فصل

السفر بمال المضاربة

٣٤٧١ - وقال في المختصر ايضاً

وللعامل ان يسافر بمال المضاربة حيث شاء من بر وبحر رواه محمد عن ابي يوسف عن أبي حنيفة(٢) .

٣٤٧٢ - وروى اصحاب الامالي عن ابي يوسف عنه ، انه ليس له ان يسافر به .

---

(١) عبارة الطحاوي في مختصره (ص ١٢٥) هي : والمضارب في المضاربة الفاسدة كالاجير فيها ، وان ضاع منه المال وهو على ذلك، ولا ضمان عليه في قول ابي حنيفة ، وبه نأخذ ، وعليه الضمان في قول ابي يوسف ومحمد .

(٢) وفي المختصر المذكور بعد ما تقدم : « قال : وهو قول ابي يوسف وقولنا ، وبه نأخذ .

٣٤٧٣ ـ وقال ابو يوسف من رأيه(١) له ان يسافر به نحو(٢) قطربل(٣) من بغداد .

٣٤٧٤ ـ واذا خالف وضمن وربح يتصدق بالربح عند ابي حنيفة .

---

(١) الضمير يعود الى ابي حنيفة

(٢) في عبارة مختصر الطحاوى (ص ١٢٥) « وقال ابو يوسف من رأيه ان يسافر به الى الموضع الذي يقدر على الرجوع منه الى أهله فيبيت فيهم كنحو قطربل من بغداد .

(٣) جاء في معجم البلدان لياقوت الحموي (مجلد ٤ ص ٣٧١) ان « قطربل (بالضم ثم السكون ثم فتح الراء وباء موحده مشددة مضمومة ولام ، وقد روى بفتح اوله وطائه ، واما الباء فمشددة مضمومة في الروايتين) وهي كلمة اعجمية اسم قرية بين بغداد وعكبرا » . وعلق صفي الدين عبدالمؤمن بن عبدالخالق البغدادي مصنف كتاب مراصد الاطلاع على اسماء الاماكن والبقاع وهو مختصر معجم البلدان لياقوت (ص ١١٠٦) بقوله :

« قلت : بين بغداد والمرزفة ، لأن عكبرا من الجانب الشرقي وهي في الغربي وبينهما فراسخ ، وجاء في المرجع الاول ان قطربل « ينسب اليها الخمر ، وما زالت منتزها للبطالين وحانة للخمارين ، وقد اكثر الشعراء من ذكرها ، وقيل هو اسم لطسوج من طساسيج بغداد ، اي كورة ، فما كان من شرقي الصراة فهو بادوريا وما كان من غربيها فهو قطربل ... ومقابل مدينة آمد بديار بكر قرية يقال لها قطربل ، تباع فيها الخمر ايضاً » .

٣٤٧٥ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يتصدق به لأنه يضمنه .

فصـــــل

أجر مثل العامل في المضاربة الفاسدة

٣٤٧٦ـ وللعامل في المضاربة الفاسدة أجر مثله وان لم يربح ، ومنهم من قال لا شيء له اذا لم يربح ، لأن عمله مشروط في الربح .

فصـــــل

نفقة العامل في المضاربة إذا سافر بها

٣٤٧٧ـ واذا اذن له في السفر عند الشافعي او بغير اذن عندنا في روايـــة الجواز ، فنفقته في مال المضاربة عندنا

٣٤٧٨ـ وللشافعي قولان احدهما مثل قولنا والثاني لا نفقة له

٣٤٧٩ـ وفي كيفية النفقة وجهان :

احدهما جميع النفقة

والثاني ما زاد على نفقة الاقامة لأن ذلك لزمه لأجل السفر

فصـــــل

اختلافهما في التلف والخيانة

٣٤٨٠ـ واذا اختلفا في تلف المال او الخيانة فالقول قول العامل لأنه أمين فكان القول قوله .

فصـــل

اختلافهما في رد المال

٣٤٨١ ـ واذا اختلفا في رد المال فادعا العامل الرد وانكره رب المال فالقول قول العامل لانه أمين

٣٤٨٢ ـ ولا صحاب الشافعي وجهان احدهما هذا والثاني لا يقبل لأنه قبض لمنفعة نفسه.

فصـــل

اختلافهما في السهم المشروط

٣٤٨٣ ـ وان اختلفا في قدر السهم المشروط ، فادعى العامل النصف ، وقال رب المال الثلث ، فالقول قول رب المال عند اصحابنا الثلاثة ، لأنه لو انكر الربح رأسا كان القول قوله ، فكذلك قدره

٣٤٨٤ ـ وقال زفر القول قول العامل لأنهما اتفقا على انه يستحق المضاربة ، وظاهر الحال التساوي فكان القول قوله

٣٤٨٥ ـ وقال الشافعي يتحالفان لأنهما اختلفا في عوض مشروط في العقد فتحالفا كالمتبايعين

فصـــل

اختلافهما في قدر رأس المال

٣٤٨٦ ـ ولو اختلفا في قدر رأس المال فقال رب المال هو الفان ولك ثلث

الربح ، وقال العامل بل الف وشرطه لي النصف وفي يد المضارب الفان فالقول قول رب المال في شرط الربح ، والقول قول المضارب في قدر رأس المال

٣٤٨٧ ـ وقال زفر القول قول رب المال في الوجهين

٣٤٨٨ ـ وقد قال ابو حنيفة اولا بان القول قول القابض فيما قبض لأنه لو انكر القبض رأساً كان القول قوله ، فكذا اذا أقر بقبض شيء ، وزفر يقول الربح مستفاد من أصل رأس المال .

٣٤٨٩ ـ ولو اتفقا ان جملة المال مضاربة ، وادعى العامل في المضاربة استحقاقاً منها ، ونفاه المالك . فالقول قوله ، وفرقوا بين هذا وبين قوله بعض هذين الالفين لي خلطته بهما او بضاعة في يدي، لأنهما لم يتفقا ان الجميع من مال المضاربة ولم يعترف لرب المال الا بهذا القدر فكان القول قوله

٣٤٩٠ ـ وقال الشافعي : ان لم يكن في المال ربح فالقول قول العامل لأن الاصل عدم القبض ، وان كان فيه ربح ففيه وجهان : احدهما ان القول قول العامل لما ذكرناه والثاني يتحالفان لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح

فصل

٣٤٩١ ـ وان كان في المال عبد فقال رب المال اشتريته للمضاربة ، وقال العامل اشتريته لنفسي ، او قال رب المال اشتريته لنفسك ، وقال العامل للمضاربة فالقول قول العامل لأنه أمين فيما يخبر به

٣٤٩٢ - وان اقاما جميعاً بينة فالبينة بينة رب المال ان ادعاه للمضاربة

٣٤٩٣ - ومن اصحاب الشافعي من قال لا يحكم ببينة رب المال لأنه يجوز ان يشتري لنفسه بمال المضاربة على وجه التعدي فلا تكون للمضاربه

فصـــل

اختلافهما في تعيين البلد

٣٤٩٤ - وان اختلفا : فقال : أمر تك بأن تشتري الحنطه خاصة ، وقال العامل لم تخص شيئاً فالقول قول العامل لأنه يدعي مطلق الأذن والتصرف ، والاصل العموم .

٣٤٩٥ - وان اتفقا على الخصوص : فقال احدهما امرتك بالبر ، وقال الآخر بالطعام فالقول قول رب المال عند ابي حنيفة وأبي يوسف ومحمد

٣٤٩٦ - وقال زفر القول قول رب المال في الفصلين جميعاً ، لان الاذن يستفاد من جهته ، فكان القول قوله

فصـــل

٣٤٩٧ - وان كان في المال عبد فقال رب المال نهيتك عن شرائه ، وانكر العامل ، فالقول قول العامل لانه دعوى خيانة عليه فكان القول قوله فيما قال

فصـــل

اختلافهما في العموم والخصوص

٣٤٩٨ - ولو اختلفا فقال : امرتك ان تعمل به في بلد كذا ، وقال العامل

بل لم تعين لي بلداً فالقول قول العامل على الرواية التي تقول له السفر بالمال بمطلق العقد

٣٤٩٩ ـ وعند زفر القول قول رب المال في ذلك

فصل

بطلان المضاربة بالموت

٣٥٠٠ ـ وهي عقد غير لازم وتبطل بموت كل واحد منهما ، وليس لرب المال ان يعزل العامل بغير علمه ، كما ليس له ان يعزل الوكيل

٣٥٠١ ـ خلاف الشافعي له ذلك .

فصل

بيع ما اشتراه من رب المال

٣٥٠٢ ـ واذا اشترى المضارب شيئاً فباعه من رب المال ، او رب المال باع المضارب شيئاً فالبيع جائز لان الملك له ،

٣٥٠٣ ـ وقال زفر البيع باطل لانه يصير مشترياً لماله بماله

فصل

٣٥٠٤ ـ ولو ان المضارب دفع مال المضاربة الى غريم مضاربة بغير اذن رب المال ، فهلك المال في يديه قبل ان يعمل فلا ضمان عليه

٣٥٠٥ ـ وقال زفر يضمن

٣٥٠٦ ـ وعن ابي حنيفة انه قال (لا) يضمن (١) ، وان هلك بعد العمل ما لم يربح فيه

فصــــل

ادعاء العامل الغلط فيما أقربه من ربح

٣٥٠٧ ـ واذا قال المضارب ربحت الفاً ، وادعى انه غلط فيه ، او اظهر ذلك خوفاً من نزع المال من يده لم يقبل منه لان هذا رجوع عن اقراره بمال لغيره فلم يقبل في حصة الآخر

٣٥٠٨ ـ والمضاربة من امهات الكتب ولا يمكن ذكر كل مسائلها (٢) واذ قد ذكرنا المضاربة وكان المأذون يتصرف عن الغير ، ويشبه المضارب وجب ذكره

× × ×

---

(١) في النسختين يضمنين والسياق ما اثبتناه ؟

(٢) كانت هذه العبارة واردة بعد الفصل المعنون ببطلان المضاربة بالموت وقد نقلناها الى هذا الموضع لمناسبة ذكرها ههنا بعد ختام بحث المضاربة

كتاب المأذون له في التجارة

جواز الإذن للعبد في التجارة

٣٥٠٩ اعلم ان الاذن للعبد العاقل في التجارة جائز ، والاصل فيه ان العباس رضى الله عنـه كان له عشره اعبد مع كل عبـد عشـرة الآف يتجرون له (١)

٣٥١٠ ـ وقد روى عنـه عليه السلام انه كان يقبل دعوة المملوك ، ولا يجوز ان يجيب دعوة المحجور عليه فينبغي ان تكون دعوة المأذون

فصـــل

جواز الإذن للعبد البالغ والصبي العاقل

٣٥١١ ـ ويصح الاذن للبالغ من العبيد ، ومن يعقل من الصبيان .

٣٥١٢ ـ وقال الشافعي لا يصح الاذن للصبى في التجـارة لان قوله يقبل في التجارة

٣٥١٣ ـ لان قوله يقبل في الهدية والاذن في دخول الدار فصح الأذن لـه كالبالغ وعكسه المجنون

فصـــل

الإذن العام

٣٥١٤ ـ ويجوز الاذن له على العموم وفي سائر التجارات . وهو فك للحجر عندنا لانه يتصرف لنفسـه ولا يرجع على مولاه فيما يلزمه ، وهـو

---

(١) هذا معناه ان نظام الاذن للعبد في التجارة يرقى الى اعراف العـرب قبل الاسلام .

مخالف للمضارب والوكيل في التصرف ، لانها رجعان على الآمر ، وهذا لا خلاف فيه

فصل

الإذن في نوع من التجارة أو في زمان معين

٣٥١٥ ـ واذا اذن له في نوع من التجارة فهو مأذون له في كل نوع

٣٥١٦ ـ وقال زفر يختص تصرفه بما اذن له فيه ، وهو قول الشافعي

٣٥١٧ ـ وكذلك الخلاف اذا اذن له في زمان بعينه فهو مأذون في جميع الازمان والاماكن

٣٥١٨ ـ خلافهما يصير محجوزاً عليه بعد المدة .

٣٥١٩ ـ لأنه فك حجره اذن .

فصل

هل للمأذون له دعوة التجار؟

٣٥٢٠ ـ وإذا رآه يبيع ويشتري ولم ينكر عليه فهو مأذون له عندنا .

٣٥٢١ ـ خلاف زفر والشافعي .

٣٥٢٢ ـ وهو القياس ، لأن السكوت لايدل على الاذن ، وإنما جعلناه اذناً لأن تصرف العبد لايحتاج الى اذن ، بل يحتاج الىامساك المولى عنه ، والاذن امر زائد على الامساك لأنه يتصرف لنفسه .

فصـــــل

إجارته نفسه

٣٥٢٣ ـ ويصح أن يؤجر نفسه عندنا ، ولايجوز عند الشافعي .

٣٥٢٤ ـ لأنه استفاد التصرف باذن المولى كالمكاتب .

٣٥٢٥ ـ ويتخذ الدعوة للتجار

٣٥٢٦ ـ خلاف الشافعي لايجوز

٣٥٢٧ ـ لأن العادة جارية بذلك للتجار .

فصـــــل

إباق المأذون

٣٥٢٨ ـ وإذا ابق المأذون صار محجوراً عليه عندنا

٣٥٢٩ ـ خلاف الشافعي

٣٥٣٠ ـ لأنه امتنع تصرف المولى فيه ، وصار في يد نفسه فبطل الاذن .

فصـــــل

شراؤه في الذمة بغير إذن

٣٥٣١ ـ ويجوز أن يأذن المأذون لعبده

٣٥٣٢ ـ وقالوا في المضاربة يجوز ان يأذن لعبـد المضاربة .

٣٥٣٣ ـ وروى هشـــام عن محمد انه لايجوز لأنه دون تصرف المأذون فلا يصح اذنه .

فصـــل

٣٥٣٥ - ولايجوز أن يتجر بغير اذن المولى لأن منافعه مستحقة له فلا يملك التصرف فيها .

فصـــل

رد المبيع

٣٥٣٦ - واذا اشترى شيئاً في الذمة بغير اذن وقف على اجازة المولى ، لأنه عقد معاوضة فلا يصح بغير اذن مولاه كالنكاح

٣٥٣٧ - وقال بعض اصحاب الشافعي يصح .

٣٥٣٨ - لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه في الذمة كالمفلس .

٣٥٣٩ - ومن اصحابه من قال : يصح الشراء ويدخل في ملك المولى لأنه كسب للعبد ، فكان للمولى كما لو احتش .

٣٥٤٠ - قالوا ويثبت الثمن في ذمته ، فان علم البائع طالب بعد العتق ، لأنه رضى بذمته وان كان لايعـلم فهو بالخيار بين ان يصـبر وبين أن يفسخ .

فصـــل

تصرفات الصبي المحجور

٣٥٤١ - ويجب رد المبيع عندنا ، وعند من قال لايصح منهم لأنه مقبوض عن بيع فاسد .

فصـــل

صلاحية المأذون في التصرف

٣٥٤٢ ـ ويبيع بالنقد والنسيئة وفي الحضر والسفر لأنه فك للحجر .

٣٥٤٣ ـ خلاف الشافعي لايملك شيئاً من ذلك .

فصـــل

شراؤه من يعتق على مولاه

٣٥٤٤ ـ واذا اشترى من يعتق على مولاه صح شراؤه ، ويعتق عليه ، ان لم يكن عليه دين ، عند ابي حنيفة .

٣٥٤٥ ـ وللشافعي قولان في صحة الشراء .

فصـــل

إذن الأب والوصي للصبي

٣٥٤٦ ـ واذن الأب والوصي للصبي جائز ويملك التصرف في التجارات كلها ، وله ان يبيع ما ورثه من ابيه في رواية .

٣٥٤٧ ـ وروى عن ابي حنيفة انه لايجوز له إلا فيما يكون من تجارته ومادخل تحت الاذن وقال الشافعي لايصح .

فصـــل

تصرفات الصبي المحجور

٣٥٤٨ـ وإذا باع للصبي المحجور عليه شيئاً او اشتراه او تزوج او فعل ذلك غيره

له فكبر الصبي واجاز جاز باجازته .

٣٥٤٩ ـ وقال زفر لايجوز باجازته ، وهو قول الشافعي .

٣٥٥٠ ـ واتفق الجميع على انه لو وهب او اعتق او طلق فأدرك واجاز ، لم يجز .

فصـــــل

قول المولى : بايعوا عبدي

٣٥٥١ ـ واذا قال المولى لقوم :

بايعوا عبدي فلانا فبايعوه ، والعبد لا يعلم بالاذن صار مأذوناً له ، وقال في الزيادات لو اذن الأب والصبي لايعلم لا يصير مأذوناً فن اصحابنا من قال في المسألة روايتان ومنهم من قال : الفرق وقع لوضع المسألة ، ولا يصير المأذون محجوراً عليه حتى يعلم بالحجر وهو على اذنه .

٣٥٥٢ ـ ولو ارسل اليه المولى رسولا صار محجوراً عليه ، عدلا كان او غير عدل ، في قولهم جميعاً .

٣٥٥٣ ـ وان اخبره انسان بغير رسالة ، فان كان عدلا صار محجوراً عليه ، وعندنا من اخبره بذلك من صبي او امرأة او عبد ، صار محجوراً عليه .

٣٥٥٤ ـ وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال : مالم يخبره رجلان او رجل وامرأتان لا يصير محجوراً عليه .

والخلاف في الوكيل مثل ذلك

فصل

تكيف التدبير والاستيلاء

٣٥٥٥ ـ وتدبير الأمة ليس بحجر والاستيلاد لها حجر

٣٥٥٦ ـ خلاف زفر ، وهو القياس

فصل

٣٥٥٧ ـ واذا كان الخيار للمشتري فاذن للعبد في المدة فهو اختيار للبيع وبطل الخيار

٣٥٥٨ ـ وان الخيار للبائع فاذن له في التجارة بغير محض (١) من المشتري لم يكن ذلك نقضاً للبيع ما لم يلحقه الدين عند ابي حنيفة ومحمد

٣٥٥٩ ـ وقال ابو يوسف يصير ناقضاً للبيع

فصل

حق الغرماء على زيادة مال المأذون

٣٥٦٠ ـ والمأذون اذا وهب له هبة او تصدق عليه بصدقه او كانت أمة فولدت فالغرماء احق بذلك عند ابي حنيفة وصاحبيه

---

(١) كذا ايضاً في نسختي منيخ وقليج

٣٥٦١ ـ وقال زفر : لا حق للغرماء في ذلك لأنه ليس من تجارته

فصل

٣٥٦٢ ـ والمأذون اذا كان لرجلين فادانه (١) أحد المولين مائة درهم ، واجنبي مائة درهم، ثم بيع العبد (بمائة)او مات او ترك مائة قسم ذلك بينهما اثلاثاً : الثلث للمولى والثلثان للاجنبي عند ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد : يقسم الثمن ارباعاً للاجنبي ثلاثة ارباع وللمولى الذي ادانه الربع

٣٥٦٣ ـ ونظير المسأله المدبر اذا قتل رجلا عمداً وآخر خطأ فعفى ولي الدم قسم ثمن المدبر على هذا الخلاف

٣٥٦٤ ـ وهذه ثمان مسائل ذكرها قاضي القضاة في درس الجامع الكبير عليه مما اتفقوا عليه ومما اختلفوا فيه ومنها ما اعطى ابو حنيفة رضى الله تعالى عنه فيها الثلث وهما الربع وهو ما ذكرناه

٣٥٦٥ ـ ومنها ما اعطى ابو حنيفة رضى الله تعالى عنه الربع وهما ثلاثة ارباع وهي مسأله الدعوى اذا ادعى احدهما جميع الدار والآخر النصف وهي في يد ثالث ، قال ابو حنيفة رحمه الله لصاحب النصف الربع ولصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار ، وقسماهما ذلك على الدعوى لصاحب النصف الثلث وللآخر الثلثان ، ومن ذلك الوصية بجميع المال ولآخر بنصفه فأن اجاز الورثه ، كان لصاحب الجميع

---

(١) في نسخة منيخ : فا عطاه

(٢) ما بين قوسين من نسخة منيخ

ثلاثة ارباع عند ابي حنيفه رضى الله عنه والربع لصاحب النصف ، وان ردوا لم يضرب احدهما بما زاد على الثلث عنده وقسم الثلث عليهما نصفين

٣٥٦٦ ـ وقالا والشافعي يقسم على ثلاثة ويضرب كل واحد بجميع ما اوصى له به

٣٥٦٧ ـ والمسائل تمر في كل باب (١) مسألة ان شاء الله تعالى .

كتاب المأذون للشيباني

٣٥٦٨ ـ ولمحمد بن الحسن كتاب المأذون الكبير والصغير ، وهو كتاب اكبر من جميع ماذكرنا في هذا الكتاب ، وفيه مسائل كثيرة لا تحصى كثرة

٣٥٦٩ ـ وفي الذي ذكرناه ما يجوز ان ينتفع به واصل يبني عليه ما يقع واذ قد ذكرنا حكم الشركة والتصرف عن الغير (١) وجب ذكر الامانات اذا سلمت الى الغير على جهة الامانة

(١) في النسختين : بالغير

كتاب الوديعة

وهذا كتاب الوديعة

حوار الوديعة

٣٥٧٠ - اعلم ان الوديعة أمر بلى الناس به قديماً وحديثاً ، ولهجوا بذلك ، وفيها عون المسلم

٣٥٧١ - وقد قال تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى وفي جوازها في الجملة اجماع الفقهاء

فصل

الوديعة أمانة[1]

٣٥٧٢ - وهي امانة عند الجميع

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة (ودع) : الودع والوَدَع والودعات مناقيف صغار تخرج من البحر تزين بها العثاكيل ، وهي خرز بيض جوف في بطونها شق كشق النواة ، تتفاوت في الصغر والكبر ، وقيل هي جوف في جوفها دويبة كالحلمة . (وهذا تعريف لأصناف من الحيوانات البحرية القوقعية المعروفه) وجاء :

وتقول خرج زيد فودع اباه وابنه وكلبه وفرسه ودرعه اي : ودع أباه عند سفره من التوديع ، وودع ابنه جعل الودع في عنقه ، وكلبة قلده الودع ، وفرسه رفهه، وهو فرس مودع ومودوع على غير=

= قياس ، ودرعه والشيء صانه في صوانه .

والدعة والتدعه على البدل : الخفض في العيش والراحة ، والهاء عوض عن الواو .

والوديع الرجل الهادي الساكن ذو التدعه ، ويقال ذو وداعة، ودع يودع دعة ووداعة ، زاد ابن برى وودعه فهو وديع ووادع اي ساكن. وانشد شمر قول عبيد الراعي :

ثناء تشرق الا حساب منه
به تتودع الحسب المصونا

اي تقيه وتصونه ، وقيل اي تقره على صونه وداعاً ،

ويقال ودع الرجل يدع اذا صار على الدعة والسكون . ومنه قول سويد بن كراع :

ارق العين خيال لم يدع
لسليمى ففؤادي منتزع

ووادع الثوب وودعه صانه .

قال الازهري : والتوديع ان تودع ثوبا في صوان لا يصل اليه غبار ولا ريح وودعت الثوب بالثوب ، وانا ادعه مخفف .

وقال ابو زيد : الميدع كل ثوب جعلته ميدعاً لثوب جديد تودعه به ، اي تصونه به ، ويقال ميداعة وجمع الميدع موادع واصله الواو

ـ لانك ودعت به ثوبك اي رفهته به ... والتوديع ان تجعل ثوبا وقاية ثوب آخر ، والميدع والميدعة والميداعة ما ودعه به ، وثوب ميدع صفة ... والميدع ايضاً الثوب الذي تبتذله المرأة في بيتها ...

وفي التنزيل « ما ودعك ربك وما قلى » اي لم يقطع الله الوحي عنك ولا ابغضك . لان الترك من القلى .

وقال الليث : العرب لا تقول ودعته فانا وادع اي تركته ولكن يقولون في الغابر (ودع) يدع وفي الامر دعه وفي النهي لا تدعه . وانشد :

« اكثر نفعاً من الذي ودعوا » .

يعني تركوا .

وفي حديث ابن عباس ان النبي (ص) قال :

« لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات او ليختمن على قلوبهم) .

اي تركهم اياها والتخلف عنها .

ومن ودع الشيء يدعه ودعا اذ تركه .

والوادع القلى .

والموادعة والتوادع شبه المصالحة والتصالح . وحقيقة الموادعة المتاركة .

والوديع العهد .

وتوادع القوم : اعطى بعضهم لبعض عهداً ، وكله من المصالحة ، حكاه الهروى في الغريبين .

قال الازهري : توادع الفريقان اذا اعطى كل منهم الآخر عهداً على ان لا يغزوهم ، تقول: وادعت العدو اذا هادنته موادعة وهي الهدنة والموادعة ... واستودعه مالا واودعه اياه دفعه اليه ليكون عنده وديعة، واودعه : قبل منه الوديعة ، جاء به الكسائي في باب الاضداد ... قال ابو حاتم لا اعرف اودعته قبلت وديعته ، وانكره شمر ، الا انه حكى عن بعضهم استودعني فلان بعيراً فابيت ان اودعه اي اقبله . قال الازهري : قاله ابن شميل في كتاب المنطق . والكسائي لا يحكي عن العرب شيئاً الا وقد ضبطه وحفظه ، ويقال : اودعت الرجل مالا واستودعته مالا والوديعة واحدة الودائع وهي ما استودع.

وقوله تعالى فمستقر ومستودع: المستودع ما في الارحام ... وكلهم قال : فمستقر في الرحم ومستودع في صلب الاب ، روى ذلك ابن مسعود ومجاهد والضحاك .

(و) المستودع المكان الذي تجعل فيه الوديعة .

يقال : استودعته وديعة اذا استحفظته اياها .

(٢) ذكر الخطيب البغدادي جماعة بهذا الاسم وارجح ان المقصود بهم هو يحي بن الحسن بن زيد علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب ، وقد سكن بغداد ، وحدث عن ابيه، وروى عنه علي بن حفص

٣٥٧٣ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

من اودع فهلكت اوتلفت فلا ضمان عليــه وقال ابوبكر رحمه الله في وديعة هلكت في عهده : لا ضمان عليه انما هي امانة .

فصـــــل

تعريف الوديعة

٣٥٧٤ ـ ولانه قبض العين باذن مالكها لا على وجه التمليك ولا وثيقـة فلا يضمن .

٣٥٧٥ ـ والذي يضمن (هو المفرط) « ٢ » روي عن عمر رضي الله تعالى تعالى عنه انه قال :

اودعني رجل ستة الآف درهم فهلكت فضمنني عمر .

= بن عمر العبسي ، كان ببغداد ومات يوم الاربعاء لاربع خلون من شهر ربيع الآخر من سنة سبع وثلاثين (ومائتين) ودفن في مقابر قريش ببغداد (ج ١٤ ص ١٨٩ من المرجع المذكور) .

(١) اضفنا هذه العبارة اتماما للمعنى لان سياق الجملة يقتضيها وفي كتاب الافصاح لابي هبيرة (ج ١ ص ٢٦٧) « ان الضمان لا يجب على المودع الا بالتعدي » .

٣٥٧٦ ـ فيحتمل انه فرط في ذلك .

٣٥٧٧ ـ وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :
ليس على المستغير غير المغل ضمان ولا على المستعير غير المغل ضمان .

فصل

قبول الوديعة غير واجب

٣٥٧٨ ـ وعندنا لا يجب قبول الوديعة بحال .

٣٥٧٩ ـ وقال اصحاب الشافعي : اذا خاف ان لم عليه يقبل ان تهلك تعين عليه قبولها لان حرمة المال كحرمة النفس لقوله عليه الصلاة والسلام . حرمة مال المؤمن كحرمة دمه .

٣٥٨٠ ـ وحفظ ماله لا يجب عليه عندما فكيف يجب عليه حفظ مال غيره .

٣٥٨١ ـ وقد قلنا ان الحجر لا يجب في حق المبذر .

٣٥٨٢ ـ ولا خلاف انه اذا لم يخف وغلب في ظن المودع انه يخون فيها انه لا يجب عليه القبول .

فصـــــل

أهلية المودع

٣٥٨٣ ـ ولا تصح الا من مالك التصرف في ماله ، فإن اودعه من لا يملك التصرف لم يجز له القبول .

٣٥٨٤ فإن قبل فهو ضامن لانه قبل ما لا ممن لا يملك التصرف فيه كما لو غصبه وعلم بالغصب وقبل الوديعة.

فصـــــل

وديعة الصبي والسفيه

٣٥٨٥ ـ واختلف الفقهاء في الصبى والسفيه اذا اوع رجلا وخاف الرجل ان لم يقبل الوديعة ان يستهلك المال فاخذه على وجهين :

منهم مـــن اجـــاز لـــه الاخـــذ
ومنهم مـــن لم يجـــزه

وخرج اصحـاب الشافعي ذلك على قولين في المحرم اذا خلص طائراً من جارحة فامسكه ليحفظه فتلف ، فقالوا :

يضمن في احد القولين لانه ثبتت يده عليـــه من غير استئمان ، والثاني لا يضمن لانه قصد حفظه .

فصـــــل

أهلية الوديع

٣٥٨٦ ـ ولا يصح الايداع الا عند جائز التصرف ، فان اودع صبيـا او سفيها لم يصح الايداع عند الشافعي لانهما ليسا من اهل الحفظ .

فصـــــل

أودع صبياً

٣٥٨٧ . فان اودع صبيا فتلف عنده لم يضمن لانه لا يلزمه حفظه .

فصـــــل

٣٥٨٨ ـ وان اتلفه لم يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، ويضمن عند ابي يوسف رحمه الله تعالى.

٣٥٨٩ ـ ولاصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه وجهـان مثل الخـلاف لنـا

٣٥٩٠ ـ لانه مكنه من اتلافه فصار كما لو باعه مالا وسلمه اليه .

٣٥٩١ ـ وابو يوسف رحمـه الله تعالى يقول : لم يسلطه على اتلافه « ١ » فصار كما لو اتلفه من غـير ايداع .

---

(١) ما بين قوسين لم يرد في نسخه منيخ .

فصل

٣٥٩٢ ـ وان كان عبداً محجوراً عليه لم يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يعتق .

٣٥٩٣ ـ وقال ابو يوسف رحمه الله يضمن في الحالين والوجه كما مضى .

فصل

القبول في الإيداع بالقول والفعل

٣٥٩٤ ـ ويصح الايداع بالقبول بالقول وبالفعل لايه يدل على الامانة والحفظ .

فصل

انقضاء الوديعة

٣٥٩٥ ـ وتنفسخ بكل ما تنفسخ به الوكالة من الموت والجنون والاغماء والعزل .

٣٥٩٦ ـ لانه وكيل في الحفظ فصار كالوكيل في التصرف .

فصل

ولد الوديعة

٣٥٩٧ ـ واذ ولدت الوديعة فالد امانة كأمه في الحكم .

٣٥٩٨ ـ ومن اصحاب الشافعي من قال : لا يجوز له امساكه حتى يعلم

المالك ، كما قالوا في الثوب تلقيه الريح في داره .

فصـــــل

شرط ضمان الوديعة لا يعتبر

٣٥٩٩ ـ ولا تعتبر مضمونه بالشرط لانها امانة كما لا يعتبر المضمون امانة بالشرط ، لانه موجب العقد فلا يتغير (١) .

فصـــــل

سفر المودع

٣٥٦٠٠ . وللمودع ان يسافر بالوديعة ويقيم بها ، ولا فرق بين ما له حمل ومؤونة ، وبين ما لا يحتاج الى ذلك .

٣٥٦٠١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ما له حمـل ومؤونة لا يجوز ان يسافر به ، فان فعل ضمن لان المؤونة تلستزم المالك وهو لم يأذن .

---

(١) يستفاد من هذه القاعدة ان ما يعد امانة او مضموناً مسألة تتعلق بموجب كل عقد فـلا تقبل الاتفاق على خلافها ، وان موجب كل عقد مما لا يجوز الاتفاق على خلافه وان القواعد الفقهيه منها ما يعد من القواعد الامرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ومنها ما يجوز اشتراط خلافه .

٣٥٦٠٢ ـ وقال الشافعي يلزمه الضمان بكل حال لان اذنه عام في الحفظ .

فصل

تسليمها لمن في عياله

٣٥٦٠٣ ـ واذا سلم المودع الوديعة الى من في عياله، ومن يحفظ به ماله فلا ضمان عليه ان تلفت .

٣٥٦٠٤ ـ وقال الشافعي يضمن .

٣٥٦٠٥ ـ لان بهؤلاء يحفظ ماله وليس عليه اكثر من ذلك .

فصل

نهي المودع عن حفظها بغيره

٣٥٦٠٦ ـ فان نهاه ان يدفعه الى احد منهم فدفعه اليه ، فان كان مما لابد له منه لم يضمن وان كان ممن له بد ضمن .

٣٥٦٠٧ ـ وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه يضمن في الوجهين لان يدهم كيده .

٢٩٦٠٨ ـ ولو قال له احفظ في يمينك فجعله في الشمال لم يضمن لان كلاهما واحد .

فصـــل

التعدي في الوديعة

٣٦٠٩ ـ واذا تعدى فى الوديعةثم زال التعدي برىء من الضمان ،وكذلك سائر الامانات عندنا ٠

٣٦١٠ ـ وقال الشافعي لا يبرأ ٠

٣٦١١ ـ وهو قول زفر رحمه الله تعالى ، ذكره ابو موسى (الضرير) في مختصره ، لانه اذا زال التعدي عادت الى يد قامت مقـام المالك عن طريق الحكم كيد الوكيل ٠

فصـــل

تلفت بعد تغير نيته

٣٦١٢ ـ واذا فتح الكيس او الصندوق او نوى انفاق الوديعة ثم تلفت بعد ذلك لم يضمن ٠

٣٦١٣ ـ وقال الشافعي يضمن .

٣٦١٤ ـ لانها تلفت بغير فعله .

فصـــل

المخالفة في الدار

٣٦١٥ ـ واذا امره ان يجعل الوديعـة في دار فجعلها في اخـرى فهو مخالف ويضمن .

٣٦١٦ ـ وان قال له اجعله في هذا البيت من الدار فجعلها في بيت آخر لم يضمن ، وحكى ابو موسى (الضرير) في مختصره عن محمد بن سماعة عن محمد رحمهم الله تعالى انه يضمن، ذكر انه في النوادر .

٣٦١٧ ـ وهو قول الشافعي .

٣٦١٨ ـ لان الدار حرز واحد فهي كزوايا البيت .

فصـــــل

القول لمن في الدفع لشخص آخر؟

٣٦١٩ ـ وقال رب المال ادفعه الى فلان فقال المودع قد دفعته اليه فالقول قول المودع عندنا في براءة نفسه .

٣٦٢٠ ـ وقال الشافعي لا يقبل قوله على رب الوديعة .

٦٦٢١ ـ لانه اقر له باذن خاص فقبل قوله .

فصـــــل

تسليم الوديعة للحاكم

٣٦٢٢ ـ وقـال الشافعي :

اذا اراد السفر وعنده وديعة فانه يسلمها الى مالكها ، ان قدر عليه او وكيله ، وان لم يجد سلمها الى الحاكم لانه لا يجب عليه المقـام ولا يجوز له السفر بها فوجب ان يسلمها الى الحـاكم لانه ينوب

عن الغائب ، وان سلمها اليه مع القدرة على المالك او وكيله يضمن لانه فرط في ذلك ، ولا ولاية للحاكم مع الحضور كما لا ولاية له في النكاح (١) .

فصل

تسليم من حضره الموت الوديعة

٣٦٢٣ ـ وكذلك اذا حضره الموت فهو مثل الغيبة سواء .

فصل

صاحب الوديعة يضرب مع غرماء الميت

٣٦٢٤ ـ واذا اقر بالوديعة ووصفها ولم توجد في تركته ، فان صاحبها يضرب بها مع الغرماء وتقدم على التركة عندنا لانها صارت مضمونة بالجهل كما لو اختلطت بماله .

٣٦٢٥ ـ ومن اصحاب الشافعي من قال لا يضمن لانه اصلها امانه فلا يضمن بالشك .

فصل

٣٦٢٦ ـ وان اوع الوديعة غيره فهلكت فالضمان على الاولاد عند ابى حنيفه

---

(١) هذا دليل على جواز التسليم والايداع في الفقه الاسلامي كما هو جائز في القانون المدني .

في قوله الثاني .

٣٦٢٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى يضمن ايهما يشاء .

٣٦٢٨ ـ لان الفعل الواحد لا يوجب ضمانين من جنس واحد فيستحق واحد في حالة واحدة .

٣٦٢٩ ـ وعندهما يضمن الاول بالتسليم والثاني بأخذه ما لم يكن له اخذه .

٣٦٣٠ ـ وقال ابن ابي ليلى لا ضمان على واحد منهما لان للمودع ان يودع ماله وما في يده .

فصل

٣٦٣١ ـ فان ضمن الثاني وكان يعلم بالحال لم يرجع على الاول ، فان كان لا يعلم (١) ففيه وجهان :

٣٦٣٢ ـ احدهما يرجع لانه دخل على انه امانة وهو قولهما ايضاً . والثاني لا يضمن (٢) لانه هلك في يده .

---

(١) في نسخة منيخ : فان كان جاهلا .

(٢) كذا في نسخة المعهد ونسخة منيخ ولعل الصواب لا يرجع وقد سقط هذا الفصل من نسخة قليج .

٣٦٣٣ ـ وقال اصحاب الشافعي : ان قلنا يرجع على الاول لم يكن للاول ان يضمنه اذا ضمن وان قلنا لا يرجع فهل يرجع عليه الاول ؟

قالوا يرجع عليه .

فصل

خلط الوديعة

٣٦٣٤ ـ واذا خلط الوديعة بجنسها ضمن لان الخلط تعد منه ، وان كان المخلوط به لصاحبها فقد اختلف في الضمان فمنهم من اوجبه ومنهم من نفاه .

٣٦٣٥ ـ لانه مال صاحبها فلا يضمن .

فصل

سقي الدابة المودعة وعلفها

٣٦٣٦ ـ وعليه سقي الدابة وعليه وعلفها فان نهاه عن ذلك لم يضمن ، ومن اصحاب الشافعي من قال يضمن وهو الاصطخري .

فصل

إخراج الوديعة

٣٦٣٧ ـ واذا اخرج الوديعة لمصلحة لها لم يضمن باتفاق .

فصـــــل

أخذها منه بغير اختياره

٣٦٣٨ ـ واذا اخذت منه فهو لا يضمن لانه (١) غير مفرط وان سلم باختياره ضمن لانه فرط .

فصـــــل

القول قول المودع في الضياع والرد

٣٦٣٩ ـ وقول المودع مقبول في ضياع الوديعة بلا خلاف ، يحلف انه ما ضيعها ، وكذلك قوله عندنا مقبول في الرد ، وهو قول الشافعي ومالك لانه امين .

٣٦٤٠ ـ وقال بعض الفقهاء لا يقبل قوله في الرد لان الله تعالى قال « فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم» (٢) وهذا عندنا على الاستحباب ، كيف يحتاط بالشهادة في البيع .

فصـــــل

ضمان المودع بالمنع

٣٦٤١ واذا طلب مالكها منع المودع صار ضامنا لانه تعدى بالمنع .

---

(١) ما بين قوسين من نسخه منيخ .

(٢) النساء ٦/٤ .

فصـــــل

إنكار الوديعة

٣٦٤٢ ـ واذا قال مالك عندي وديعة ، او ما اودعتني واقام رب الوديعة البينة قبلت ، وحكم بها له .

٣٦٤٣ وان اقام المودع بينة بالرد عليه بعد الجحود قبلت كالغاصب يقيم البينة بالرد .

٣٦٤٤ ـ ومن اصحاب الشافعي من قـــال لا يقبل قوله . في البينـه ، ولا يسمـع ، لان كون البينة بانكار الايداع فلم تقبل بالرد والتلف .

فصـــــل

سبب الهلاك ظاهر أو خفي

٣٦٤٥ ـ ولا فرق عندنا بين ان يدعى الهلاك بسبب ظاهر او خفي .

٣١٤٦ ـ وفرق الشافعي في ذلك وقال لا يقبل قـــوله في الظاهر الا ببينـــة كالحريق والنهب لان الظاهر علمه .

فصـــــل

ادعاؤه رد الوديعة

٣٦٥٧ ـ واذا قال : مالك عندي وديعة او ما تستحق على شيئاً ، واقـــام البينة بالايداع ، فقال : صدقت البينة، ولكن رددت الوديعـــة او تلفت ، قبل قوله فى ذلك لانه لم يكذب البينة ولم يجحد وانما قال ما

عندي لك شيء وهو صادق في ذلك .

فصل

إيداع رجلين آخر ما يكال أو يوزن

٣٦٤٨ - والرجلان اذا اودعا رجلا ما يكال او يوزن فغاب احدهما وحضر الآخر وطلب نصيبه من ذلك لم يكن للمودع ان يعطيه ذلك حتى يحضر الآخر لانه قضاء على غائب ، وهذا قول ابي حنيفة .

٣٦٤٩ - وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له ان يأخذ النصف ، فان تلف الباقي وحضر الغائب كان له ان يأخذ نصف ما اخذه على وجه الضمان ، وانما اخذه على انه حقه بشرط سلامة الباقي فان لم يسلمه رجع اليه .

فصل

(أودع رجلين)

٣٦٥٠ - واذا اودع رجلين شيئاً مما يقسم ، فأودعه احدهما عند صاحبه الآخر ، فهلك ، ضمن في قوله ابي حنيفه. وان كان مما لا يقسم لم يضمن .

٣٦٥١ - وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن في الوجهين جميعاً .

فصل

موت المودع

٣٦٥٢ - واذا مات المودع وطلب الوديعة ربها فقال الوارث ضاعت في

حياة مورثي او ردها عليك ، وانكر ذلك ، او قال لا ادري ما حالها فانهـا قد صارت دينا في ماله ، وكـذلك سائر الامانات والودائع .

٣٦٥٣ ـ وقال ابن ابي ليلى وبعض اصحاب الشافعي لا ضمان لربها لانه لم يتعد ، ولم يمنع وما بـقي وجه يضمن به ، فلا يضمن .

فصـــل

مخاصمة غاصب الوديعة

٣٦٥٤ وللمودع ن يخاصم الغاصب للوديعة ويقطع السارق ، ويسترجع العين ، لان له يدا صحيحة في الحفظ .

٣٦٥٥ ـ وقال بعض اصحاب الشافعي ليس له ذلك .

٣٦٥٦ ـ وهـذا يجب عن طريق الامـر بالمعروف ، وعلى كل واحـد فكيف المودع .

فصـــل

٣٦٥٧ ـ واذا القت الريح ثوباً في دار انسان فطلبه صاحبه فليس عليه ان يرده عليه ، ولكن عليه ان يدخل صاحبه الدار فيأخذه ، لانه لم يأخذه منه فيرده عليه .

فصـــل

٣٦٥٨ ـ وقال في الجامع الكبير :

رجل اودع عبداً محجوراً عليه وديعة فدفع العبد الى محجور عليه آخر فهلك في يد الثاني .

٣٦٥٩ ـ في قول ابي حنيفة له ان يضمن الثاني في الحال ، وليس له ان يضمن الاول ما لم يعتق .

٣٦٦٠ ـ وقال محمد ليس يضمن احدهما حتى يعتق .

فصـــــل

٣٦٦١ ـ ولو اودع الثاني ثالثاً والمسئلة بحالها ، فابو حنيفة يقول :

لا ضمان على الاول حتى يعتق ، وعلى الثاني في الحال ، ولا ضمان على الثالث .

٣٦٦٢ ـ وقال ابو يوسف يضمن اي الثلاثة شاء في الحال .

٣٦٦٣ ـ وقال محمد لا يضمن الاول حتى يعتق ، وهو بالخيار في الثاني والثالث يضمن ايهما شاء في الحال .

فصـــــل

أودع درهماً فخلطه

٣٦٦٤ ـ ومن اودع درهما ابيض فخلطه في دراهم بيض ضمن عند ابي حنيفة .

٣٦٦٥ ـ وقال ابو يوسف انه شاء شاركه بقدر درهم في الدراهم .

٣٦٦٦ ـ وقال محمد ابن الحسن :

ان كانت الوديعة هي الغالبة فالأمر على ما قال ابو حنيفة ، وان كانت هي القليلة فالأمر على ما قال ابو يوسف ، فجعل الاقل تابعاً للاكثر .

٣٦٦٧ ـ وفي هذا الكتاب عجيب من المسائل ، وفي الذي ذكرت اصول له ، والواقع ،

٣٦٦٨ ـ واذ قد ذكرنا ذلك ، وكانت الوكالة فيها معنى الامانة ، وقول الوكيل يقبل في بعض الاحوال ولا يقبل في بعضها وجب ذكرها بعد الوديعة .

كتاب الوكالة

فصـــل

وهذا كتاب الوكالة(١)

٣٦٦٩ ـ اعلم ان الوكالة استنابة في حال الحياة في العقود والتصرف .
وهي غير لازمة للوكيل ولا للموكل .

---

(١) جاء في لسان العرب في وكل :

حقيقة الوكيل ان يستقل بامر الموكول اليه ، والوكيل من اسماء الله تعالى وهو المقيم الكفيل بارزاق العباد وفي التنزيل : « ان لا تتخذوا من دوني وكيلا » .

وقيل الوكيل الحافظ ، والمتوكل على الله الذي يعلم ان الله كافل رزقه وامره فيركن اليه وحده ولا يتوكل على غيره .
يقال توكل بالأمر اذا ضمن القيام به .

ووكلت امري الى فلان اي الجأته اليه ، واعتمدت فيه عليه .
ووكل فلان فلانا اذا استكفاه امره ثقة بكفايته ، او عجزاً عن القيام بامره .
ووكل اليه الامر سلمه ، ووكله الى رأيه وكلا ووكولا : تركه .
والوكيل الجريء ، وقد يكون الوكيل للجمع وكذلك الانثى .
وقد وكله على الامر .

والاسم : الوَكالة والوكالة ووكيل الرجل الذي يقوم بأمره .

فصـــــل

(الأصل في جوازها)

٣٦٧٠ ـ والاصل في جوازها في الجملة ما رواه ابو موسى في مختصره باسناده عن جابر بن عبدالله قال :

« اردت الخروج الى خيبر ، فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه ، وقلت له : اني اريد الى خيبر (اردت الخروج الى خيبر) (١) .

فقال :
اذا اتيت (الى) وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا، فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته .

٣٦٧١ ـ وهذا الخبر يدل على انه كان له وكيل ويدل على جواز الدفع من الوكيل الى غيره بمجرد القول .

ويدل على انه اذا شك في قول الطالب ان لا يدفع اليه .
ويدل على انه أتاه بآية وهي العلامة ، انه يجوز له الدفع بهما ، والاقتصار عليها .

٣٦٧٢ ـ ويدل على جواز العلامة بين من يريد ذلك ففيه هذا الفقه .

٣٦٧٣ ـ وذكر الخصاف وغيره خبر فاطمة بنت قيس (٢) قالت :

---

(١) الالمام باحاديث الاحكام لابن دقيق العيد . الرقم ٩١٥ .

(٢) هي فاطمة بنت قيس بن خالد الاكبر القرشية الفهرية اخت الضحاك بن قيس ، كانت من المهاجرات الأول ، لها عقل وكمال وهي التي طلقها ابو حفص بن المغيرة ، فأمرها رسول الله (ص) =

طلقني زوجي ثلاثا ، فوكل اخاه بنفقتي وخرج الى اليمن فخاصمت الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فلم يجعل لي سكناً ولا نفقة .

٣٦٧٥ ـ ووكل النبي صلى الله عليه وسلم عروة البارقي في شراء اضحية ، فاشترى شاتين وباع احداهما ، وجاء باضحية ودينار فدعى له بالبركة ، فكان لو اشترى ترابا ربح فيه ، قال الشيرازي رحمه الله ، هو عروة ابن جعد ، والذي ذكره يحيي فيه أنه ابن الجعد الازدي (١) .

= ان تعتد في بيت ابن ام كلثوم ، وقدمت الكوفة على اخيها الضحاك بن قيس ، وكان اميراً فسمع منها الشعبي . . . (و) عن الشعبي قالت فاطمة بنت قيس : طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله (ص) : « لا سكنى لك ولا نفقة » وفي بيتها اجتمع اصحاب الشورى لما قتل عمر بن الخطاب (ر) وروت عن النبي (ص) احاديث اخرجها الثلاثة (اسد الغابة ٥/٥٢٦ـ٥٢٧) .

(١) جاء في اسد الغابة (ج٣ ص ٤٠٣) .

« عروة بن الجعد ، وقيل ابن ابي الجعد البارقي وقيل الازدي ، قاله ابن منده وابو نعيم ، سكن الكوفة ، روي عنه الشعبي والسبيعي وشبيب بن غرقده وسماك بن حرب وشريح بن هانيء وغيرهم . وكان ممن سيره عثمان (ر) الى الشام من اهل الكوفة. وكان مرابطاً ببزاز الروز ومعه عدة افراس منها فرس اخذه بعشرة الآف درهم ... وقولهما بارقي وقيل ازدي واحد ، فان بارقاً من الازد ، وهو بارق بن

٣٥٧٦ ـ وذكر الخصاف خبر علي بن ابي طالب رضي الله عنــه انه كان يوكل اخاه عقيلافي الخصومةفلما كبر وكل عبدالله بن جعفر(١)

وكان يقول :

ان لها فحما (؟) يحضرها الشيطان .

وكان يقول :

« ما قضي لوكيلي فلي ، وما قضى على وكيلي فعلي » .

٣٥٧٧ ـ وذكر ابو موسى الخبر ، وقال فيــه ، فقال عبدالله فخــاصمني طلحــة بن عبدالله في ضفير احــدثه علي بين ارض لطلحــة وارضه .

قال : والضفير المسناة .

قال فقال طلحة :

انه قد اضر بي ، وحمل على السيل ، فركب عثمان بن عفان رضي الله عنه معنا .

فقال :

= عدي بن حارثة بن امريء القيس بن ثعلبة بن مـازن بن الازد ، وانما قيل له بارق لانه نزل عند جبل بارق فنسب اليه وقيل غير ذلك » .

(١) هو عبدالله بن جعفر ذي الجناحين بن ابي طالب بن عبدالمطلب (اسد الغابة ٣/١٣٣ـ١٣٥) .

والله اني وطلحة نختصم في الموكب وان معاوية على بغلة شهباء امام الموكب ، قد قدم قبل ذلك وافدا ، فالقى كلمة عرفت فيها انه قد اعانني بها .

قال :

ارأيت هذا الضفير اكان على عهد عمر ؟

قال :

قلت نعم .

قال :

لو كان جوراً ما تركه عمر .

فمشى عثمان رضى الله تعالى عنه حتى نظر الى الضفير فقال :
ما ارى ضرراً ، وقد كان على عهد عمر ولو كان جوراً لم يدعه عمر .

٣٥٧٨ ـ وبهذه السنن عمل الفقهاء على جواز الوكالة ، وفيها اجماع منهم على الجواز في الجملة .

فصل

٣٥٧٩ ـ وتجوز الوكالة بالبيع والشراء والحوالة والكفالة والشركة والمضاربة (١) والوديعة والاعارة والاجارة والمزارعة والمساقاة

(١) جاء في نسخة منيخ بعد المضاربة والوكالة .

والقـــرض والهبـــة والوقف والصدقـــة ، لان الحاجة داعيـــة الى ذلك كله .

فصـــــل

٣٥٧٠ ـ واختلف في الوكالة في تملك المباحات كالاصطيـــاد والحشيش واستقاء الماء ، فقال اصحابنا لا تصح لانه تملك مباح كالاغتنام، وهو احد قولي الشافعي ، وقال يصح في قول اخر لانه لا يتـعين عليه كالبيع والهبات .

فصـــــل

التوكيل بالنكاح والطلاق والخلع

٣٥٨١ ـ ويجوز التوكيل بالنكاح والطـــلاق والخلع والعتاق والمكاتبـــة والتدبير ، لان النبي عليه الصـــلاة والسلام وكل عمر ابن اميـــة الضمري (١) في تزويـج ام حبيبة (٢) رضي الله عنهما .

---

(١) هو عمرو بن امية بن خويلد الكناني الضمري ، يكنى ابا امية ، بعثه النبي (ص) وحده عينا الى قريش فحمل محمد حبيب بن عدي من الخشبة التي صلب عليها، وارسله وكيلا فعقد له على ام حبيبة بنت أبى سفيان ، واسلم قديماً وهو من مهاجرة الحبشة ، ثم هاجر الى الى المدينة ، واول مشاهـــدة بئر معونة . وكان النبي (ص) يبعثـــه في امـوره ، وكان من انجـاد العـــرب ورجالها نجـــدة وجـــراءة .

روى عنه اولاد جعفر والفضل وعبدالله وابن ابيـــه الزبرقان بن

فصـــــل

لا توكيل بالاستيلاء

٣٥٨٢ ـ ولا يصح بالاستيلاء لأن النيابة لا تجوز فيه عنه .

فصـــــل

(لا توكيل في الإبداع إلخ)

٣٥٨٣ ـ ولا يجوز في الايلاء والظهار واللعان ، لانها ايمان فلا تحتمل التوكيل .

فصـــــل

(التوكيل بالرجعة)

٣٥٨٤ ـ واختلف في الرجعة : فنهم من قال يجوز التوكيل بها، كما يجوز بالنكاح ، وهذا قولنا .

ومن اصحاب الشافعي من قال لا يجوز ، كما لا يجوز في الايلاء والظهار ، وضعفوا هذا الوجه .

فصـــــل

(الوكالة بإثبات الحقوق)

٣٥٨٥ ـ وقال ابو حنيفة ومحمد : تجوز الوكالة باثبات سائر الحقوق كائنا ما كانت .

= عبدالله بن امية ، وهو معدود من اهل الحجاز (اسد الغابة ٤ / ٨٦) .

٣٥٨٦ ـ وقال ابو يوسف : الا في الحدود والقصاص لانها تسقط بالشبه(١) ولا تستوفى بالوكالة باجماع منا اذا كان الموكل في القصاص غائباً (٢) .

٣٥٨٧ ـ وقا الشافعي : يستوفي في القصاص مع غيبة الموكل كما تستوفى في الدين .

٣٥٨٨ ـ ونحن نقول لا يجوز ان يستوفى مع العفو الظاهر ، ويحتمل ان يكون قد عفى فلا يمكن الرجوع الى الحق .

وقالوا : اذا استوفى مع حضوره فيه قياس واستحسان :القياس لا يجوز كما لا يجوز البيع مع الغيبة والاستحسان ان كل واحد لا يقدر على استيفاء الحق بنفسه ولا يحسن القتل فدعت الضرورة الى ذلك فجاز .

---

(١) الاستثناء الوارد في هذه العبارة مشكل اذ يفهم منه انه استثناء من التوكيل باثبات الحدود والقصاص .

وليس هذا هو المقصود وانما المقصود ـ كما يتضح من عبارة الطحاوي في مختصره ان الوكالة لا تجوز في الحدود ولا في القصاص الا في اثبات البينات عليها (مختصر الطحاوي، ص١٩٠) على ان ما يتضح من الاستثناء المذكور للوهلة الأولى هو قول ابي يوسف فقد جاء في مختصر الطحاوي ايضا :

« وقال ابو يوسف (ر) : لا تقبل الوكالة في شيء من ذلك (الحدود والقصاص) من خصومة فيها ولا من اثبات بينة عليها ولا من غير ذلك .

(٢) مختصر الطحاوي ، ص ١٠٩ .

وهذا لا خلاف فيه .

فصـــــل

٣٥٩٠ ـ ولا يجوز من غير رضـا الخصم الا ان يكون الموكل مريضـاً لا يستطيع حضور مجلس الحكم أو غائبـا في مسافة تقصـر فيها الصلاة (١) .

وهذا قول ابي حنيفة .

٣٥٩١ وقال ابو يوسف ومحمد : تجوز من غير رضا الخصم . كما تجوز في قبض الدين هو قول الشافعي(٢).

٣٥٩٢ ـ وابو حنيفة يقول : في هذا ترك التسوية بينهما في الحكم وقـد منع الشرع ذلك وقاسه على الحوالة في اعتبار رضا المحتال .

٥٩٩٣ ـ ولا يلزم حضور جواب الوكيل عند ابي حنيفـة لان الوكالة لم تصح ، وفرق بين المريض والصحيح بان المرض عـذر فكذلك السفر وجعل اصحابنا الحياء في المـرأة لا تـبرز مثل ذلك في العذر والجواز .

---

(١) مختصر الطحاوي ، ص ١٠٨ .

(٢) ربه اخذ الطحاو في مختصره ، ص ١٨٠ .

فصـــل

الوكالة بفسخ العقود

٣٥٩٤ ـ وتجوز الوكالة في فسخ العقــود لانه اذا جاز في العقد فالفسخ مثلــه .

فصـــل

الوكالة بالإبراء

٣٥٩٥ ـ ويجــوز ان يوكل في الابراء من الديون كما يجــوز في اثباتهـا واستيفائها .

فصـــل

التوكيل بالإقرار

٣٥٩٦ ـ ويصح عندنا التوكيل بالاقرار في الحقوق .

٣٥٩٧ ـ وقال اصحاب الشافعي في ذلك وجهان في احدهما لا يصح(١) .

٣٥٩٨ ـ واذا قالوا يصح فهل هو اقرار ام لا ؟

على وجهـين : احدهما انه اقرار ، والثاني ليس باقرار .

فصـــل

قبول الوكالة

٣٥٩٩ ـ ولا تصح الوكالة بغـير قبول لانها عقد فافتقر الى قبول .

---

(١) جاء في الاقناع للشربيني : الأصح عدم صحة التوكيل في الاقـرار مطلقاً (ج ٢ ص ٤٧) .

٣٦٠٠ - ويجوز عندنا القبول بالقول والفعل، ويكون التصرف فيما وكل به قبولا .

٣٦٠١ - وقال زفر : لا يكون القبول الا بالكلام .

٣٦٠٣ - لان التصرف يدل على الرضا .

فصـــــل

التوكيل بطلب كل حق

٣٦٠٤ - واذا وكل رجل رجلا بطلب كل حق له قبل الناس جاز له مطالبة كل غريم كان عليه حق، وطلب كل ما يحدث له من الحقوق، ما لم يخرجه الموكل من الوكالة .

٣٦٠٥ - وقال زفر بن الهذيل : ليس بوكيل فيما يحدث من الحقوق .

٣٦٠٦ - وكذلك اذا وكله بطلبه ماله بالكوفة او مصر بعينـــه فهو على الخلاف ايضاً، يجوز عند الثلاثة من علمائنا .

فصـــــل

(الوكالة بقبض على إنسان بعينه)

٣٦٠٧ - ولو وكله بقبض حق له على انسان بعينه . فليس لـــه ان يقبض من الحقوق الا ما كان يوم التوكيل في قولهم جميعاً بلا خلاف لانه توكيل خاص ليس بعام .

فصـــــل

(مدى سلطة الوكيل بطلب الحقوق)

٣٦٠٨ ـ وله ان يتقاضى ديونه ويقبضها اذا وكل بطلب حقوقه ، وليس له بيـع ولا شراء ، ولايأخذ شفعة ولايزوج ولايعتق ولايطلق ، لأن ذلك ليس بطلب حق ، وانما هو اسقاط حق فلا يصح .

فصـــــل

(أخباره بالوكالة)

٣٦٠٩ ـ واذا اخبر الوكيل بالوكالة فمن اخبره بذلك وكان خبره حقا فهو وكيل في قولهم جميعاً .

فصـــــل

(قبول الوكالة على الفور)

٣٦١٠ ـ ومن اصحاب الشافعي من يقول : قبول الوكالة على الفور،ولاتجوز على التراخي .

٣٦١١ ـ وهذا لايصح ، لأن الاذن باق ما لم يبطله .

فصـــــل

(تصرف من وكل وهو لا يعلم)

٣٦١٢ ـ وقد قال اصحابنا : فان وكله وهو لايعلم ببيع او شراء ، فتصرف في ذلك وهو لايعلم بالتوكيل كان ذلك كله باطلا ، ولا يجوز عليه حتى يعلم بالتوكيل ، لأن الأمر لايثبت مع الجهالة كأمر صاحب الشرع .

٣٦١٣ ـ ولايجـــوز التوكيـل الا في تصرف معلوم او متعارف ، فان قال وكلتك في كل قليل وكثير لم يجز لأنه يدخل فيه مايطيق ومالايطيق فيعظم الغرر [1].

٣٦١٤ ـ ولو قال وكيلي في كل شيء ، فهذا وكيل في الحفظ ، وليس في بيع ولاشراء .

٣٦١٥ ـ فان قال وكيلي في كل شيء جائز امره ، فهو وكيل فى الحفظ والبيع والشراء ، فان وهب او تصدق جـــاز ، وله ان يتقاضى ديونــــه ، ويبطل حقوقه .

فصـــــل

٣٦١٦ ـ وان قال وكلتك ببيع جميع مالي وقبض جميع ديوني صح لأنه يعرف ماله وديونه ،

فصـــــل

٣٦١٧ ـ وان قال : تبيع ما شئت من مالي او تقبض ماشئت من ديوني جاز لأنه اذا عرف ماله ودينه عرف اقصى مايبيع ويشتري .

---

(١) يرجع هذا الضابط الى جملة مباديء عامة يقوم عليها الشرع الاسلامي والاساس في ذلك مبدأ اليسر . وان الشريعة بنيت على التكليف به لا بالعسر ، وهذا يترتب عليه مبدأ آخر هو التكليف بما يطاق عادة ، فلا يحسن التكليف بما لايطاق ، وبما ان الغرر العظيم ضرب من التكليف الشاق فهو تكليف بمالايطاق عادة . وهذا مثال من امثلة جمة يمكن الرد به على من زعم من فقهاء القانون الموازن ان الفقه الاسلامي عني بالجزئيات دون ان يعنى بالاسس والمبادي العامة .

فصـــــل

التوكيل بمجهول الصفة والجنس

٣٦١٨ ـ فأن وكله بشراء عبد بعينه او بغير عينه فان ذكر الجنس جاز ، وان ذكر الثمن جاز ، ولزم الأمر ، وان اطلق لم يصح لأنه مجهول الصفة والجنس .

٣٦١٩ ـ وقال الشافعي رضي الله عنـــه لا يصح وان ذكر الثمن ، لأن ذكر الثمن لا يـــدل على النوع ، وقال : ان ذكــر النوع جاز اذا قال تركيا .

٣٦٢٠ ـ لأن ذكر الجنس كذكر الثمن فكذلك ذكر الثمن يدل على ذكر الجنس .

٣٦٢١ ـ وقال زفر رحمه الله تعالى : لابد من ذكر الجنس والثمن معاً ، حتى يصـــح ، لتزول الجهالة ، والجنس اذا ذكر فقد دخل فيه الاعلى والادنى .

فصـــــل

الوكالة بخصومة كل من يخاصمه

٣٦٢٢ ـ وتصح الوكالة بخصومة كل من يخاصمه ومن اصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه من قال لاتصح لأن الخصومة قد تقل وتكثر .

فصـــــل

تعليق الوكالة على شرط

٣٦٢٣ ـ ويصح تعليق الوكالة على شرط مستقبل لأنه امر ، فجاز تعليقه بشرط كأمر صاحب الشرع وكالوصية .

٣٦٢٤ ـ ومن اصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه من قال الصحيح انـه لا يصح لأنه عقد تؤثر الجهالة فيه كالبيع والاجارة .

فصـــــل

تصرف الوكيل بعد الشرط

٣٦٢٥ ـ واتفق الفريقان انـه اذا وجد الشرط وتصرف الوكيل جاز تصرفـه ولو كان العقد باطلا لما جاز التصرف .

فصـــــل

تسمية جعل الوكيل

٣٦٢٦ ـ ولكن قال الشافعي : ان كان سمي له جعلا بطلت التسمية فوجب له أجر المثل ، لأنه عقد فاسد لم رض به بغير بدل فكان له اجر المثل كالاجرة الفاسدة .

فصـــــل

(تنجيز الوكالة وتعليق التصرف)

٣٦٢٧ ـ قالوا : ولو عقد الوكالة في الحال ، وعلق التصرف على شرط بان قال : وكلتك بان تطلق امرأتي بعد شهر او ببيع عبدي جاز لأنـه لم يعقد على شرط .

فصـــــل

رجوع الوكيل بالثمن

٣٦٢٨ ـ وللوكيل ان يرجع بالثمن على الآمر فيما يلزمه من الثمن اذا وقع الشراء له ، في الموقع الذي يصح ، قبل نقد الثمن ، وبعـد نقده ، لأنه لزم باذنـــه .

فصـــل

(لزوم الثمن الوكيل)

٣٦٢٩ ـ والثمن عندنا يلزم الوكيل بالعقد ولا يكون للبائع مطالبه الآمر ، لأن العقد لم يكن معه عند علمائنا الثلاثة .

٣٦٣٠ ـ وقال زفر ومالك : له مطالبة المالك .

فصـــل

حقوق العقد

٣٦٣١ ـ وعندنا حقوق العقد تتعلق بالوكيل(١) ،

٣٦٣٢ ـ ومن اصحابنا من قال : الملك ينتقل الى الوكيل ، ثم ينتقل من جهته الى الموكل .

٣٦٣٣ ـ ومنهم من قال : تنتقل الحقوق من البائع الى الموكل ، وكذلك الملك .

٣٤ ٣ ـ وحكى ابو عبد الله البصري عن ابي الحسن رحمهما الله في شرح المختصر ان سائر الحقوق تنتقل الى الوكيل من المالك .

٣٦٣٥ ـ لأنه لا يصح النيابة فيه (٢) وسائر الحقوق تجوز النيابة فيها فتعلقت بالوكيل .

---

(١) في مختصر الطحاوي ايضاً (ص ١٠٩) ان الخصم في حقوق البيع من الاستحقاق والمطالبات في العيوب في ذلك الوكيل لا الموكل وكذلك الوكالة بالشراء .. والوكالة بالاجارة كالوكالة بالشراء والبيع في جميع ماذكرناه .

(٢) الظاهر ان الضمير يعود الى حكم العقد اي انتقال الملك كما يستفاد من تفرقة الحنفية بين حكم العقد وحقوقه في باب الوكالة (بدائع الصنائع الكاساني ج٦ ص٢)

فصــــل

حق الوكيل في حبس السلعة

٣٦٣٦ ـ وللوكيل حبس السلعة حتى يستوفي الثمن من الموكل ، لأنه كالبائع في حق الوكيل .

٣٦٣٧ ـ وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له حبس السلعة .

فصــــل

هلاك السلعة في حبس الوكيل

٣٦٣٨ ـ فان حبسها فتلفت في يده بطل الدين، وحكى ابو الليث (السمرقندي) في خــلافة (١) فقال : هذا قول محمد رحمه الله تعالى .

٣٦٣٩ ـ وحكي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انها تهلك بالاقل من قيمتها ومن الدين.

٣٦٤٠ ـ وعن زفر رحمه الله تعالى انه يضمن ضمان الغصب لأنه ليس له حبسه.

فصــــل

٣٦٤١ ـ ولو وكله بشراء ثوب او دابة لم يجز حتى ينسبه الى جنس ، وليس كذلك بني آدم لأنهم جنس واحد ، وانما يفرق بينهم البلدان .

باب(٢)

فيما يلزم الموكل وما لا يلزمه من الأحكام

---

(١) اشارة الى كتاب مختلف الرواية الذي ترجح اشارات السمناني اليه نسبتـــه الى ابي الليث السمرقندي لا الى العلاء السمرقندي مصنف تحفه الفقهاء .

(٢) في نسخة قليبج كتاب .

٣٦٤٢ ـ الوكيل بالخصومة والقبض اذا اقر عند القاضي ان الموكل قبض الحق او ابرأ منه برىء الغريم وقبل في حقه وحق الموكل ، وان اقر عند غير القاضي لم يلزم الموكل ولم يكن للوكيل بعد ذلك المخاصمة ، لأنه خرج من الوكالة ، وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله تعالى عنهما .

٣٦٤٣ ـ وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى في احد قوليه يجوز اقراره في الحالين ويلزم الموكل .

٣٦٤٤ ـ وقال زفر والشافعي رحمها الله تعالى لا يجوز اقراره في الحالين ولا يلزم الموكل لأن ذلك ليس مقتضى الخصومة واقرار ببطلان الخصومة .

٣٦٤٥ ـ وابو حنيفة رضي الله تعالى عنه قال الاقرار احد جوابي الدعوى يصح من الوكيل كالانكار .

فصل

٣٦٤٦ ـ واذا وكله بالبيع فباع بقليل الثمن وكثيره فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى .

٣٦٤٧ ـ وكذلك اذا باع بالعروض والنقد والنسيئة .

٣٦٤٨ ـ وقالا والشافعي لا يجوز ذلك حتى يكون بمثل ثمن المثل وما يتغابن الناس فيه .

٣٦٤٩ ـ ولا يجوز بالعروض ولا يجوز بغير الاثمان .

٣٦٥٠ ـ وقد روى القدوري في تجريده في الشراء عن ابي يوسف رحمه الله تعالى روايتين مثل ما قاله في البيع .

فصـــــل

بيع الوكيل نصف العبد

٣٦٥١ ـ وان وكله ببيع عبـد فباع نصفه جـاز ولزم الامر ، وفي الشراء لايلزم حتى يشتري الجميع ، وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى في الفصلين .

٣٦٥٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى والشافعي رحمه الله تعـالى لايجوز بيعه النصف ايضاً ولا يلزم الموكل كما لا يلزمة الشراء .

فصـــــل

التوكيل بإعتاق نصف العبد

٣٦٥٤ ـ وان وكله بان يعتق نصف عبده فاعتقه كله لم يصح ولم يعتق منه شيء عند ابي حنيفة رضي الله عنه .

٣٦٥٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق كله.

٣٦٥٦ ـ ولو وكله بان يعتق الكل ، فاعتق النصف ، عتق النصف ، عنـد ابي حنيفة رحمه الله تعالى .

٣٦٥٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق الكل .

٣٦٥٨ ـ وقال ابو حنيفة في الطلاق اذا وكل بواحدة فطلق اثنين لم يصح ولا يلزم الأمر .

٣٦٥٩ ـ وقالا تطلق واحدة .

٣٦٦٠ ـ لانه فعل المأمور بهوزاد .

فصـــــل

وكّله بأن يزوجه امرأة

٣٦٦١ـ فان وكله بان يزوجه امرأة فزاد في مهرها جاز عند ابي حنيفة وفرق بين النكاح والشراء .

٣٦٦٢ ـ وقالا هما سواء ، ولا يلزمه ما زاد على مهر المثل لانه لم يدخل تحت الاذن .

فصـــــل

أمره بالتزويج ولم يسم امرأة

٣٦٦٣ ـ ولو أمره بالتزوج ولم يسم أمرأة فزوجه امرأة غير كفوء له ، او امة او ذمية جاز عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، لانه دخل تحت عموم قوله .

٣٦٦٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى لا يجوز ، لانه بخلاف العادة فلا يجوز (١) .

فصـــــل

٣٦٦٥ ـ فان زوجة ابنته لم يجز في قول ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه صغيرة كانت ام كبيرة .

---

(١) من هذه القاعدة يفهم ان العاده تعد عاملا حاسما في تحديد صحة التصرف من بطلانه حيث ينبغي النظر الى ما تعارف عليه الناس عند التساؤل عن صحة تصرف او بطلانه .

٣٦٦٨ ـ وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله تعالى بجوزان كانت كبيرة ،وهذا مثل الوكيل بالشراء هل يجوز ان يشتري من ابيه وابنه ؟ عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز من كل من تجوز شهادته له .

٣٦٦٩ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز .

٣٦٧٠ ـ ولاصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه وعنهم اجمعين في البيع من هولاء وجهان ولم أر قولهم في التزويج فاحكيه.

فصل

تزويج الوكيل موكله بامرأتين

٣٦٧١ ـ وان زوجه امرأتين لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي احد قولى ابي يوسف ومحمد تعالى يجوز في واحدة والبيان الى الموكل يختار ذلك ما زاد على الواحدة بالخلاف .

فصل

٣٦٧٢ ـ فاذا وكل بالاجارة او البيع فابرأ من عليه الاجرة ، فان كان بعد بعد المدة جازت البراءة ويغرم الوكيل للموكل الاجرة في قول ابي حنيفة ومحمد .

٣٦٧٣ ـ وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى البراءة باطلة ولا يبرأ من الدين .

٣٦٧٤ ـ وكذلك الوكيل بقبض الدين ، لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد .

فصل

الوكالة بالصلح على قصاص

٣٦٧٥ ـ ومن له قصاص اذا وكل بالصلح وكيلا فصالح على قليل او كثير

جاز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى .

٣٦٧٦ ـ وان كان وكيل المطلوب فزاد على الدية فان لم يضمن يجوز على الموكل ايضاً وان ضمن يجوز على نفسه .

٣٦٧٧ ـ ولا يجوز عندهما الا بمقدار ما يتغابن فيه .

فصـــــل

الوكالة بالصلح في شجة

٣٦٧٧ ـ فان وكل رجلا بالصلح في شجة ادعيت قبله ، فصالحة الوكيل عن الجناية بالدية ، فان بريء من الشجـــة لم يجز ، وان مات فهو جائز على الوكيل ، وان كان ضمن فلا يجوز على الموكل .

٣٦٧٩ ـ وان كان الوكيل صالح عن الشجة وما يحدث منها الى النفس على خمسمائة ، والشجة موضحة خطأ ثم بري من الشجـــة فان المشجوج برد تسعة اعشار المال ونصف عشرة ويسلم له نصف العشر ان كانت الشجة موضحة .

٣٦٨٠ ـ وهذا قول ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه .

٣٦٨١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الصلح جائز عـــلى الموكل ولا يرد شيئاً .

فصـــــل

الصلح على الدم

٣٦٨٢ ـ وان صالح على الدم على عبدين فاذا احدهما حر فله الباقي وحده عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه .

٣٦٨٣ ـ وقال ابو يوسف له الباقي وقيمه الحر لو كان عبدا .
٣٦٨٤ ـ وعند محمد رحمه الله تعالى له الباقي والزيادة الى تمام الارش.

فصـــل

باع جارية وكّل ببيعها بقيمتها فزادت

٣٦٨٥ ـ واذا وكل رجلا ببيع جارية وقيمتها الف درهم ، والوكيل بالخيار فزادت قيمتها وصارت تساوى الفن فاجاز الوكيل البيع او مضى الثلاث فالبيع جائز في الوجهين جميعاً عند ابي حنيفة لانه تعتبر القيمة في الجواز .
٣٦٨٦ ـ وقال محمد البيع باطل في الوجهين جميعاً كزيادة القيمة وحصول المعنى المفسد .
٣٦٨٧ ـ وعند ابي يوسف : ان اجاز البيع لم يجز ان سكت حتى مضت المدة جاز لأن مضى المدة من غير فعله ، والاجازة فعله .

فصـــل

٣٦٨٨ ـ ولو وكل رجلا بشراء عبد فاشتراه بحنطة او شعير ، فان كان بعينه فهو مخالف والشراء لنفسه في قولهم جميعاً ، وان كان ذلك في الذمة موصوفاً جاز الشراء للامر عند زفر ، وهو قول ابي حنيفة الاول .
٣٦٨٩ ـ وعندهما رضي الله تعالى عنهما يكون مشتريا لنفسه ، وهو قوله الثاني الآخر .

فصـــل

اشترى بنقصان أو باع بزيادة

٣٦٩٠ ـ ولو وكله ان يشتري له شيئاً بالف درهم ، او يبيعه بالف فاشترى

بنقصان وباع بزيادة فانه يجوز عند الثلاثة من اصحابنا .

٣٦٩١ ـ وقال زفر لايجوز .

فصـــــل

التوكيل بقبض معين

٣٦٩٢ ـ ولو وكله بقبض شيء بعينه من رجل فان اعطاه اياه قبضه ، وان منعه فليس له ان يخاصمه فيه .

فصـــــل

التوكيل بحمل امرأة الموكل إليه

٣٦٩٣ ـ وان وكله بان يحمل اليه امرأته او عبده فأقامت الزوجة البينة بالطلاق والعبد بالعتاق لم يكلف الخروج (١) واوقف الحكم ولم يقض على الغائب عندنا .

وقال الشافعي يقضى عليـــه

فصـــــل

٣٦٩٤ ـ وان وكله بقبض الدين فاثبت المدين الابراء ، ولو كان وكيلا بقبض دين على رجل فاقام الغريم بينة بانه ابرأة منه قبل عنـــد ابي حنيفة وبرىء الغريم .

٣٦٩٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لايبرأ ويوقف كالاول .

---

(١) في النحتين : الاحراج

فصـــل

اختلاف الوكالة بقبض الدين عن غيرها

٣٦٩٦ - وقال ابـو حنيفة : الوكالة بقبض الدين ليست كالوكالة بقبض شيء بعينه ، وانما هي داخلة في باب المبادلة ، فهي كالوكالةبالبيع ومن اصحابنا من قال : تسمع البينة فيا هو بعينه ، وفيا ليس بعينه وانه خصم اذا وكل بالقبض .

فصـــل

٣٦٩٧ . واذا وكل بالخصومة كان له ان يقبض عند علمائنا الثلاثة .

٣٦٩٨ - وقال زفر - رحمهم الله تعالى - ليس له ان يقبض الا باذنه (١)

٣٦٩٩- وهو قول الشافعي-رحمه الله تعالى ولا يحتاج عند الجميع الى الابعد ببينةبالوكالة على كل خصم اذا كانت عامة في كل حق قبل الناس .

٣٧٠٠ - فلو قبض وتلف ضمن ولم يبرأ الغريم .

٣٧٠١ - وعند الثلاثة لم يبرأ.

فصـــل

٣٧٠٢ - ولو قدم الوكيل رجلا وادعى عليه حقا لموكلـه واقام بذلك بينـة فشهدت بالدين والوكالة معا ، فن اصحابنا من قال في ذلك قياس واستحسان : القياس انلا يقبل البينة الا ان تشهد بالوكالـة اولا ثم بالدين .

---

(١) في نسخة فليـج : يأذنه وقوله .

وهو قول زفر ، والاستحسان ان يقبل ذلك ، حكى ذلك ابو موسى في مختصره في الوكالة .

٣٧٠٣ ـ وقال الخصاف في ادبه للقضاء على قول ابي حنيفة لا يقبل حتى تثبت الوكالة اولا ، لانه ليس بخصم عن صاحب المال الا بعد اثبات الوكالة .

٣٧٠٤ ـ وقال ابو يوسف تقبل الشهادة على الامرين جميعاً .

٣٧٠٥ ـ وكذلك الوصي ذلك .

٣٧٠٦ ـ وكذلك الوارث يدعي ان اباه مات ولا وارث له غيره ، وان له على هذا الرجل اوفي يده ضيعه ويثبت الوفاة والميراث ببينة واحدة .

فصل

ادعاء وكالة عن غائب

٣٧٠٧ . ولو ادعى (١) وكالة عن غائب واراد اثباتها عند القاضي لم يجز الا ان يكون معه خصم حاضر ، يدعي عليه حقا ، لانه قضاء على غائب .

٣٧٠٨ ـ وقال ابن ابي ليلى تسمع ببينة ويحكم له بالوكالة وان لم يكن معه خصم .

٣٧٠٩ ـ وهو قول الشافعي .

٣٧١٠ ـ وان كانت وكالة على رجل معين لم يكن له ان يخاصم غيره .

فصل

٣٧١١ ـ وان وكله عند القاضي ثم غاب كان له ان يخاصم في سائر الحقوق

(١) في نسخة المعهد ومنيخ : وقال اصحابنا لو ادعي .

التي جعلها اليه اذا كان القاضي يعرفها جميعا .

فصـــــل

٣٧١٢ ـ وان كان لايعرف الموكل فقال الوكيل انا احضر بينة تعرفه فانـــه لايسمع ذلك لأنه لاخصم معه .

فصـــــل

٣٧١٣ ـ وان احضر خصماً بينة ان الذي وكله فلان الفلاني ، وانه له حقاً على هذا ، أنفذ له الوكالة وحكم بها .

٣٧١٤ ـ وقال اصحابنا له ان يكتب بوكالته الى غيره من القضاة .

فصـــــل

٣٧١٥ ـ واذا اقر الوكيل باستيفاء الحـــق وتسليمه الى الموكل قبل اقراره ، وان وهبه الحق او تصدق بـــه عليه لم يجز على الموكل ، وضمن الوكيـــل .

فصـــــل

٣٧١٦ ـ وعند زفر والشافعي الوكيل بالقبض لايكون وكيلا بالخصومة ، والوكيل بالخصومة لايكون وكيلا بالقبض .

فصـــــل

٣٧١٧ ـ ومن ادعى انه وكل رجلا وانه وكله بقبض ما على رجل مـن الحق

فصدقه الرجل في الوكالة والدين امره القاضي بدفع ذلك اليه عندنا .

٢٧١٨ - وعند الشافعي لا يأمره بالدفع اليه ولا يجب الدفع كما لو ادعى قبض عين في يده .

٢٧١٩ وقد روى عن اصحابنا في العين رواية اخرى انه يجب عليه الدفع .

٢٧٢٠ . وقالوا جميعاً انه لو ادعى الوصية وصدقه لم يجب عليه الدفع حتى يثبت بالبينة الموت والوصية .

٢٧٢١ - وقالوا : لو ادعى ان اباه مات وانه وارثه لاوارث له غيره لزمه الدفع اليه .

فصـــــل

إنكار الغريم

٢٧٢٢ - فان حضر الغريم وانكر الوكالة كان لمن عليه الدين ان يحلفه بالله تعالى ماقبض بامرك ووكالتك له .

٢٧٢٣ - فان حلف يرجع الغريم عليه بالدين ويرجع الغريم على الوكيل بما قبض ان كان باقيا في يديه .

فصـــــل

٢٧٢٤ - فان ادعى الوكيل انه سلمه الى الغريم اوضاع منه فالقول قولـــه عندنا في براءة نفسه ، ومن اصحاب الشافعي من قال لا يبرأ ويضمن الا ان يقيم بينة بالدفع الى الموكل فلاشيء عليه .

فصـــــل

ادعى الوكالة والدين

٢٧٢٥ - فان ادعى الوكالة والدين فأقر الغريم بالدين وجحد الوكالة فطلب

الوكيل يمينه انه مايعلم انه وكيل فلان بقبض ماله ، فان ابا حنيفة رحمه الله تعالى روى عنه لايحلفه .

٣٧٢٦ ـ وقال ابو يوسف يحلفه ما يعلم ان الطالب وكله بقبض ماله عليه .

٣٧٢٧ ـ واختلفت الرواية عنهم في الوارث هل يحلف ام لا ؟

فان حلف الغريم فلا شيء عليه ، وان نكل عن اليمين امره بدفع المال ولا يكون ذلك قضاء على الغائب .

فصل

أنكر الدين وأقر بالوكالة

٣٧٢٨ ـ وإن أنكر الدين وأقر بالوكالة ، وأراد الوكيل أن يقيم البينة على الدين لم يقبل القاضي ذلك ، ولايكون وكيلا ، ولايثبت الحق ببينة الا بعد اثبات الوكالة من الموكل .

فصل

الوكالة المشروطة

٣٧٢٩ ـ وان وكله بان لايقر عليه بحق ولا يبطل له حقاً ولا يعدل شاهداً جاز ذلك على ماشرط بلاخلاف في ذلك من الناس .

فصل

خروج الوكيل من الخصومة

٣٧٣٠ ـ وكل وكيل اقر على موكله بما يبطل حقه خرج من الخصومة باتفاق وكان للموكل ان يطالب بحقه بنفسه او بغيره عند من لم يجز اقراره

عليه من الناس على ماتقدم بيانه .

فصــــل

٣٧٣١ ـ وحكى ابو الليث عن ابي يوسف رحمها الله تعالى انــه اجاز وكالة الحاضر للنساء ومنع في الرجل ، وان ابن ابي ليلى اجاز ذلك للبكر دون الثيب والرجل في خلافه لاصحابنا (١)

فصــــل

توكيل اثنين

٣٧٣٢ ومن وكل اثنين بالخصومة او قضاء ديونه جاز لأحدهما فعل ذلك عند علمائنا الثلاثة .

٣٧٣٣ ـ وقال زفر رحمهم الله تعالى لايجوز الا ان يجتمعا على ذلك .

٣٧٣٤ ـ واتفقوا على انه لو وكلها بالقبض لم يقبضا الا جميعاً .

فصــــل

الوكيل أمين

٣٧٣٥ ـ والوكيل امين فيما في يده ، والقول قوله في ضياع المال وتلفه ورده على صاحبه لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف .

فصــــل

الوكالة ببيع سلعة

٣٧٣٦ وان وكله ببيع سلعة فباعها وقبض ثمنها فتلف الثمن ثم استحق

(١) المقصــود بهذه العبارة على مايظهر كتاب مختلف الرواية لأبي الليث السمرقندي .

المبيع رجع على الوكيل ثم رجع الوكيل على الموكل .

٣٧٣٧ - وقال الشافعي رحمه الله تعالى يرجع على الموكل لان البيع له وقع .

فصل

هل للوكيل أن يوكل غيره؟

٣٧٣٨ وليس للوكيل ان يوكل غيره بمطلق الوكالة عنه (١)

٣٧٣٩ قال ابن ابي ليلى يجوز له ان يوكل بمطلق الوكالة له ، واتفق الجميع على انه لو قال افعل مالرى او اجاز ما صنع فله ان يوكل من شاء .

٣٧٤٠ - وقال اصحابنا : لو باع بحضرة الموكل واجاز ماصنع جاز وكان كأنه هو الذي تولى ذلك .

٣٧٤١ - وقال زفر لايجوز .

فصل

٣٧٤٢ - واذا جعل اليه ان يوكل غيره ومات صاحب الحق بطلت الوكالة منهما جميعاً ، فاذا مات الوكيل الاول فالثاني على وكالته، وكذلك ان اخرج الموكل الاول فالثاني على وكالته .(٢)

٣٧٤٣ - وان اخرج الوكيل الاول الثاني من الوكالة فهو اخراج .

فصل

٣٧٤٤ - ومتى ثبت الحق على المطلوب وقال : حلف الوكيل انــه لايعلم ان الطالب قبض حقه مني، فلا يمين على الوكيل ، وان قال : اريد يمين الطالب حتى اسلم الى الوكيل قيل له : ادفــع الى الوكيل واتبع

---

(١) مختصر الطحاوي ، ص ١٠٨ - ١٠٩

(٢) هذا معناه ان الوكيل الثاني يعد وكيلا للموكل .

الطالب واستحلف ، لأن اليمين لا تجب على الوكيل .

فصـــل

٣٧٤٥ - وقالوا لو وكل رجلين بطلب حقوقه والخصومة فيها ، فحضر احدهما ومعه خصم فهو وكيل في خصومته وإثبات الحق عليه ، الا انه لا يقبض دون صاحبه ، حكى الخصاف ذلك من غير خلاف ، وهو على الخلاف المتقدم بلا شك فيه ، والله تعالى اعلم .

باب
ما يبطل الوكالة

٣٧٤٦ - اتفق أصحابنا رحمهم الله تعالى على أن الوكالة تبطل بموت كل واحد منهما ، وانها لا تورث .

فصـــل

٣٧٤٧ - وان بــاع الموكل ما وكل عليه ببيعه بطلت الوكالة وان لم يعلم الوكيل بذلك لانه زال ملكه منه (١)

فصـــل
عزل الوكيل وهو لا يعلم

٣٧٤٨ - وان عــزل الوكيل وهو لا يعلم لم ينعزل عندنا وكذلك ان عزل

(١) يمكن تعميم حكم هذه القاعدة بأن نقول اذا قام الموكل بايقاع ما وكل به انقضت الوكالة وان لم يعلم الوكيل بذلك .

نفسه بغير علم الموكل فهو على وكالته حتى يعلم .
٣٧٤٩ ـ خلاف الشافعي رحمه الله تعالى في الفصلين جميعاً .

فصل

جنون الموكل وردته

٣٧٥٠ ـ ولو جن الموكل جنوناً مطبقا او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الوكالة وان رجع الموكل مسلما لم ترجع الوكالة .

فصل

جنونه ساعة

٣٧٥١ ـ ولو جن ساعة لم يخرج وكيله لأنه بمنزلة النوم والاغماء، والقياس يوجب خروجه من الوكالة (١).

فصل

ارتداد الوكيل

٣٧٥٢ ـ وكذلك الوكيل لو كان هو المرتد فقد خرج من الوكالة ،
٣٧٥٣ ـ وقال محمد بن الحسن : يعود وكيلا اذا عاد مسلما لأن ملكه لم يزل عن شيء كما زال ملك الموكل .

فصل

علم القاضي بالوكالة

٣٧٥٤ ـ واذا علم القاضي بأنه وكيل انفذ له الوكالة وأمر الخصوم ان يدينوا له، كذلك ان علم بالعزل صرفه من الوكالة لان علمه طريق الى اثبات الحق كالبينة.

---

(١) الظاهر وجوب التفرقة فان جنون ساعة ممن لم يعهد منه جنونه من قبل لايعد جنوناً ما لم يثبت كونه مقدمة جنون لاحق وعرضا من اعراضه ، والا فهو توتر عصبي عارض فقياسه على النوم والاغماء وغيرهما من العوارض الطبيعية الموقتة صحيح، اما جنونه ساعة ممن عهد منه جنون سابق فالقياس حمله على الجنون لانه نوبة متجددة .

٣٧٥٥ ـ هذا اذا علم بذلك بعد الولاية وفي عمله وان كان في غير عمله وقبل ولايته لم يحكم بعلمه ،

٣٧٥٦ ـ وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى من غير خلاف عنه .

٣٧٥٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وغيرهم رحمهم الله تعالى : ذلك كله سواء ، ويجوز الحكم بما عليه في جميع (الامور) الا الحدود خاصة .

٣٧٥٨ ـ وحكى ابو موسى في مختصره بان من أصحابنا من قال يحكم بما علمه في الحدود أيضاً ، وحكى ان مالكاً قال لايحكم بعلمه في شيء اصلا .

٣٧٥٩ ـ وقد حكينا عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى انه قال ذلك ايضا ، وانه قال اذا قال الحاكم ان هذا قد اقر عندي بالزنا فارجموه لم يسع الناس ذلك ولم يرجم ، قال وليس هذه الطاعة لمخلوق بعد النبي محمد صلى الله عليه وسلم ، والزمه اصحابنا انه لايجوز قضاء قاض حتى يكون معه شاهدان ويذكران معه في العهد .

فصــــل

٣٧٦٠ ـ وكل من لا يقضي له القاضي الابعد ان يحلف المدعي فان الوكالة به لاتصلح وهذا كالرد بالعيب ، واخذ الشفعة ، واستيفاء ما يحكم به على الميت ، وهذا يجيء على قول ابي يوسف ، وما روى عن ابي حنيفة .

٣٧٦١ ـ وذكر في الخصاف مسألة الرد بالعيب انه لاتصح الوكالة به من غير خلاف ذكره .

٣٧٦٢ ـ وذكر الطحاوي مسأله العيب والشفعة وذكر الخلاف في ذلك أنه لا يحكم له حتى يحلف عند أبي يوسف ، وعند بي حنيفة يحكم الا أن

يطلب الخصم ليحلف ،ولايحلف مــن غير طلب فى رفد مضل
الايمان من هذا الكتاب .

٣٧٦٣ ـ و كتاب الوكالة مـن الكتب الكبار ، وفيه كل مسألة عجيبة مــن
المسائل ، وفي الذى ذكرته مسائل الخلاف وبعض ما لمس الحاجة
لئلا يطول الكتاب.

٣٧٦٤ ـ واذ قــد ذكرنا الوكالة وكانت تستفاد من جهة الامر واختصت
بحال الحياة وكان يحتاج الى التصرف بعد الموت(بالوصية وجب)
ذكر ذلك .

كتاب الوصايا[1]

وهذا كتاب الوصايا

الحاجة إلى الوصية

٣٧٦٥ - اعلم ان الحاجة داعية الى الوصية ، مثل ما دعت الى الوكالة في حال الحياة لان الانسان يحتاج الى أشياء يفعلها بعد موته ، يكون فيها نجاته من ربه في معاملاته ، وقضاء ديونه ، وما عليه من النذور والقروض التي تركها ، اما عمداً او سهواً ، او اغتراراً بالحياة وسكونا الى البقاء .

سند الوصية من السنة

٣٧٦٦ - وقد وصى النبي (ص) والائمة الراشدون بعده ، فاوصى النبي (ص) الى علي ، وابو بكر الى عمر وعمر الى اصحاب الشورى ، ووصى الى الزبير سبعة من اصحاب النبي (ص) منهم عثمان والمقداد وعبدالرحمن

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة (وصى) : اوصى الرجل ووصاه عهد اليه . . . وأوصيت له بشيء واوصيت اليه اذ جعلته وصيك واوصيته ووصيته ايصاء وتوصية بمعنى . وتواصى القوم اوصى بعضهم بعضا ، وفي الحديث واستوصوا بالنساء خيراً فانهن عندكم عوان ، والاسم الوصاة والوصاية والوصاية والوصية ايضاً ما اوصيت به ، والوصي : الذي يوصي والذي يوصى له وهو من الاضداد .

بن عوف وابن مسعود فكان يحفظ عليهم اموالهم وينفق على ايتامهم من ماله .

فصل

حديث سعد

٣٧٦٧ - وروي ان سعداً (١) اشتكى عام الفتح فجاءه النبي صلى الله عليه وسلم يعوده فقال يارسول الله ان لي مالا كثيراً وليس يرثني الا ابنتي افأوصي بمالي كله ؟

فقال : لا

فقال فبالشطر منه ؟

فقال لا

فقال فبالثلث ؟

قال :

=ابن سيده : الوصي : الموصي والموصى ، والانثى وصى ، وجمعهما جميعاً اوصياء ، ومن العرب من لايثنى الوصى ولا يجمعه .

الليث : الوصاة كالوصية .

وقوله عز وجل: (يوصيكم الله في اولادكم)ومعناه يفرض عليكم لأن الوصية من الله انما هي فرض ، والدليل على ذلك قوله تعالى (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ، ذلكم وصاكم به) وهذا من الفرض المحكم علينا .

(١) خرج هذا الحديث في كتاب الاثار لأبي يوسف بالفاظ متقاربة (الرقم ٧٨٣) وروى فيه اثر آخر يعضده عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم أنه قال « ليس للميت من ماله الا الثلث » واخرج الحديث =

الثلث والثلث كثير ، لأن تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس .

فقه خبر جواز الوصية بالثلث

٣٧٦٨ - وفي هذا الخبر من الفقه :

جواز اعادة المريض

والثاني يدل على جواز اقتناء المال الكثير

والثالث انه لاتجوز الوصية بما زاد على الثلث

والرابع ان الثلث في حيز الكثير الجائز

والخامس ان النهي عن الوصية أنما هو لاجل الورثة

والسادس ان غنى الورثة امر مندوب اليه عن الناس (١)

ففيه هذه الوجوه كلها .

= الاول الامام محمد بن الحسن الشيباني ايضا في الاثار عنه وقال : وبه نأخذ، لاتجوز الوصية لاحد باكثر من الثلث ، فان اوصى باكثر من الثلث،فاجاز ذلك الورثة بعد مـــوته فهو جائز ، وليس للوارث ان يرجع فيما اجاز ، وهو قول ابي حنيفة ، واخرجه في الموطأ عن مالك عن الزهري عن عامر بن سعد عـــن ابيه والمضاف الى ذلك مثل ماذكر وزاد ان الورثة ان ردوا رجع ذلك الى الثلث ، لان النبي (ص) قال : الثلث والثلث كثير فلا يجوز لاحد وصية باكثر من الثلث الا ان يجيز الورثة ، وهوقول ابي حنيفةوالعامة مـــن فقهاء الحنفية .

(١) كذا سياق الجملة فى النسختين والاصواب غناء الورثة عن الناس أمر مـــندوب اليه .

آثار أخرى في الوصية

٣٧٦٩ ـ وروى ابن عمر عن النبي (ص) أنه قال : مامن حق أمرىء مسلم يمر عليه ليلتان وله شيء يوصي به الاووصيته مكتوبة عند رأسه
وروى ان النبي عليه السلام قال :
ان الله تعالى جعل لكم ثلث اموالكم في آخر اعماركم ، وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال : لاوصية لوارث الا ان يجيزها الورثة رواه عمرو بن خارجة (١) وابوامامة الباهلي (٢) ورواه الحسن بالزيادة الا ان يجيزها الورثة وأولئك بغير زيادة (٣)

---

(١) جاء في اسد الغابة (١٠٢/٤) :
عمرو بن خارجة بن المنتفق الأسدي حليف أبي سفيان بن حرب وقيل خارجة بن عمرو والاول اصح ، يعد في الشاميين ، روى عنه عبد الرحمن بن غنم الاشعرى . (روى عنه) انه قال خطبنا رسول الله (ص) بمنى وهو على ناقته واني لتحت جرانها ولعابها يسيل بين كتفي ، وانها لتقصع بجرتها يقول :
ـ ان الله عزوجل قد اعطى كل ذي حق حقه من الميراث ، ولا وصية لوارث ، الولد للفراش وللعاهر الحجر ، اخرجه الثلاث .
(٢) هو صدى بن عجلان بن الحارث وقيل عجلان بن وهب ابو امامة الباهلي السهمي . جعله بعضهم في بني سهم من باهلة وخالفه غيره ولم يختلفوا انه من باهلة . غلبت عليه كنيته ، سكن مصر ثم انتقل فسكن حمص ومات بها سنة (٨١) أو ٨٦ هـ وكان من المكثرين في في الرواية واكثر حديثه عند الشاميين ومما روى عنه في الاحاديث انه سمع يقول : « سمعت رسول الله (ص) يقول : =

فصـــــل

٣٧٧٠ - والوصية بالثلث جائزة على الورثة وان سخطوا وان كان يضيرهم، والمستحب ان كانوا فقراء ان لايوصي بشيء لغيرهم .

= اكفلوا لي بست اكفل لكم الجنة :
اذا حدث احدكم فلا يكذب .
واذا أوتمن فلا يخن .
واذا وعد فلا يخلف
غضوا ابصاركم
وكفوا ايديكم
واحفظوا فروجكم،
وعن سليمان بن حبيب المحاربي قال :
دخلت مسجد حمص فاذا مكحول وابن ابي زكريا جالسان ،
فقال مكحول :
لو قمنا الى ابي امامة صاحب رسول الله(ص)فأدينامن حقه وسمعنامنه؛
قال : فقمنا حتى اتيناه ، فسلمنا عليه ، فرد السلام ثم قال :
ان دخولكم على رحمة لكم وحجة عليكم .
ولم ار رسول الله (ص) مــن شيء اشد خوفاً على هذه الأمة من الكذب والعصبية الا واياكم والكذب والعصبية ، الا وانــه امرنا ان نبلغ ذلك عنه ، الا وقد فصلناه ، فأبلغوا عنا ما قد بلغناكم .(اسدالغابة ج٥ ص ١٣٨ - ١٣٩ ، ج٣ ص ١٦-١٧)

(*) اجاز القانون المدني الوصية للوارث فى ثلث التركة بدون اجازة سائر الورثة وجعلها فيما جاوز ذلك لاتنفذ الا باجازة الورثة م ١١٠٨ منه)

فصـــل

متى يعتبر الثلث

٣٧٧١ ـ والثلث يعتبر يوم الموت لا يوم الوصية لان الموت هــو السبب في جواز ذلك وحصول الملك به .

فصـــل

٣٧٧٢ ـ وتفتقر الى قبول لانها عقد تبرع كالهبة ، والوكالة .

٣٧٧٣ ـ ومن اصحاب الشافعي من اعتبر الثلث يوم الوصية .

٣٧٧٤ ـ فان كان له مال صحت الوصية به ، وان استفاد مالا بعد ذلك لم تصح فيه الوصية .

٣٧٧٥ ـ لانه عقد يقتضي اعتبار المال فاعتبر بحال العقد ، كماأونذرأن يتصدق بثلث ماله ، فعلى هذا اذا اوصى وثلث ماله الف فصار عند الوفاة الفين لم تلزمه الزيادة . ولو اوصى وله مال فهلك بطلت الوصية .

٣٧٧٦ ـ ومنهم من قال مثل قولنا وهو الصحيح من المذهب .

فصـــل

جواز الوصية في ماله وفيمن يلي عليه في ماله

٣٧٧٧ ـ وتجوز وصية الانسان فى ماله ومــن يلي عليه في ماله مــن ولده الصغار والكبار المجانين ، الا فى تزويج الصغار فانه لايجوز .

٣٧٧٨ ـ وقد روى عن ابى حنيفة جواز ذلك

٣٧٧٩ ـ وهو قول مالك وابي ثور

٣٧٨٠ـ وقد روى في خبر قدامه بن مظعون (١) لما زوج ابن عمر ابنة أخيه وقال اناعمها ووصى ابيها ، وذكر الخبر الى ان قال انها يتيمة،وانها لاتنكح الا باذنها ، ولانهـــا ولايـــة تستحق بالشرع فكان اولى مـــن الوصي .

فصـــــل

ما تجوز الوصية فيه من الحقوق

٣٧٨١ـ وتجوز الوصية في كل حق تجوز النيابة فيه عن الانسان من دين اوحج

---

(١) جاء في اسد الغابة ١٩٨/٤ ــ ٢٠٠ :

قدامة بن مظعون بن حبيب بن وهب القرشي الجمحي يكن ابا عمرو وقيل ابو عمر ، وهو خال عثمان بن مظعون وخـــال حفصة وعبدالله ابني عمر بن الخطاب (ر) وكان تحته صفية بنت الخطاب وهو من السابقين الى الاســـلام ، هاجر الى الحبشة مع اخوية عثمان وعبدالله ابني مظعون ، وشهد بدرا وسائر المشاهد مع رسول الله (ص)

قال عروة وابن شـــهاب وموسى وابن اسحق ، قال ابن عمر : توفى خالي عثمان بن مظعون فاوصى بي الى اخيه قدامة فزوجني بنت اخيه عثمان ،ودخل المغيرة بن شعبة على امها فأرغبها في المال،ورأى الجارية مـــع امها ، فبلغ ذلك رسول الله (ص) فسأل قدامة فقال:

يارسول الله ! بنت اخي ولم آل ان اختار لها .

فقال : الحقها بهواها فأنها احق بنفسها فانتزعها مني وزوجها المغيرة بن شعبه واستعمل عمر بن الخطاب قدامه على البحرين وحده بعد ذلك لشربه الخمر .

او زكاة او وديعة، لانه اذا جاز ان يوصي في حق غيره فحقه اولى .

فصل
أهلية الموصي

٣٧٨٢ - وكل من ملك التصرف في ماله بالبيع والهبة فله الوصية في وجوه القرب كلها .

فصل

٣٧٨٣ - والمستحب لمن وجب عليه كفارة او عبادة ان يؤدي ذلك في حال حياته ولايؤخر ذلك الى ما بعد الموت ، ويجوز (١) ان يعرض ما يمنعه من ذلك .

فصل

٣٧٨٤ - فان اوصى بذلك اعتبر جميع مايخرجه من القرب والحج والزكاة والكفارات من الثلث .

٣٧٨٥ - وقال الشافعي يعتبر من جميع المال كالدين ، وعندنا كل ذلك يسقط بالموت فلا يجب قضاؤه من التركة .

فصل
الوصية بالقرب

٣٧٨٦ - وان اوصي بالحج والزكاة ووجوه القرب من عتق النسمة ولانسان

من غيرهم والثلث يحتمل ذلك فلا كلام فيه ، ولاخلاف انه يجوز ، وان كان الثلث لايحتمله ولا يجيز الورثة تحاص الجميع في الثلث .

فصـــــل

ما يبدأ به من الوصية

٣٧٨٧ ـ واختلف اصحابنا فيما يبدأ به من ذلك فقال الطحاوي يبدأبالزكاة ثم الحج ثم الكفارات .

٣٧٨٨ ـ وقال ابو الحسن يبدأ بما بدأ به الموصي في اللفظ .

٣٧٨٩ ـ وقال ابو موسى في مختصره عن اصحابنا انه يبدأ بما بدأ بـــه في اللفظ الا ان يكون حجة الاسلام فانه يبدأ بها وان أخرت .

تحاص الوصية بالحج وبنسمة

٣٧٩٠ . وان كانت الوصية بنسمة بعينهاوالحجةحجةالاسلامفانهمايتحاصان على كل حال .

٣٧٩١ وقال عن نفسه انه يرى ان يتحاصا في هذه الوجوه كلها ، ولا ابالي حجة الاسلام كانت او النسمة بعينها او بغير عينها ، ولا انظر الى ماقدمه الموصي في اللفظ او أخره ، لان الجميع يلزم بالموت .

فصـــــل

٣٧٩٢ ـ ويعتبر الثلث يوم الموت ، ويجوز على الورثة وان كرهوا لانــه لا خلاف في ذلك .

فصـــــل

٣٧٩٣ ـ وينبغي ان يدع مـــن الثلث شيئاً للورثة لقوله عليه السلام « الثلث

والثلث كثير ، لان لدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس » .

فصـــل

الوصية بما زاد

٣٧٩٤ - وان اوصى بما زاد على الثلث ، او لوارث ، وقف على اجازة الورثة ، فان اجازوا ذلك جاز ، وان ردوا بطل .

٣٧٩٥ - وللشافعي قولان فيما زاد احدهما انه لاتصح الوصية به، والثاني تصح

تكييف الوصية

٣٧٩٦ - وهل يكون ذلك تمليكا من جهة الميت اذا اجاز الورثة او من جهة الورثة ؟

٣٧٩٧ - على قولين احدهما من جهة الميت .

٣٧٩٨ - ويصح بلفظ الاجازة ، ويكون الولاء للميت ، ان كان ذلك عتقا .

٣٧٩٩ - والثاني (١) من جهة الورثــة كما يعتبر في الهبات وقبول الموصي له ذلك ، ويكون الولاء لهم ان كان عتقا دون الميت ، ويتحاصون ان كان الثلث لايبلغ ذلك

٣٨٠٠ - وقد روينا أنه عليه السلام قال «لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة»

فصـــل

هل للورثة الرجوع في الإجازة

٣٨٠١ - وان اجاز الورثة في حياة الموصي فلهم الرجوع بعد الموت ، لأنهم

---

(١) هذه الجملة الى كلمة (عتقا) لم ترد فى نسخة المعهد .

اسقطوا الحق قبل وجوبه ووجود سببه .

وهو قول الشافعي .

٣٨٠٢ ـ وقال ابن ابي ليلى ومالك يجوز ذلك ولا رجوع لهم في ذلك ، كما لايملكون الرجوع بعد الموت .

فصل

أوصى بثلث ولآخر بنصف

٣٨٠٣ ـ فان كان اوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بنصف ماله ، فان اجاز الورثة أخذ كل واحد ما وصى له به وان ردوا قسم الثلث بينهما بالسوية عند ابي حنيفة وزفر ، حكاه ابو موسى في المختصر ، لان السدس الزائد على الثلث قد استحقه الورثة فلا يضرب به مع انه قد بطل .

٣٨٠٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يقسم الثلث على خمسة أسهم لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان ، وهو قول الشافعي ؟

وجعلوا ذلك كالعول في الفرائض والدين .

فصل

وصى بجميع ماله ولآخر بنصفه

٣٨٠٥ ـ ولو وصى لرجل بجميع ماله ، ولآخر بنصفه ، فلم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفين ، لأن كل واحد لايضرب بما زاد على الثلث في قول ابي حنيفة ، و ن اجاز الورثة قسم المال بينهما على اربعة اسهم اصاحب الجميع ، ثلاثة ارباع ولصاحب النصف الربع عند ابي حنيفة .

٣٨٠٦ - واختلف أبو يوسف ومحمد فى تفسير قوله فقال ابو يوسف يأخذ صاحب الكل النصف بلا منازعة والنصف الباقي يقسم بينهما نصفين فيكون له ثلاثة ارباع .

٣٨٠٧ - وقال محمد يقسم الثلث بينهما بالوصية ويأخذ صاحب الكل الثلث الزائد على النصف ، ويتساويان فى دعوى السدس فيقسم بينهما نصفين فيصير له الربع ، اعنى صاحب النصف .

٣٨٠٨ - وقد ضعف هذا الطريق وهذا التفسير .

٣٨٠٩ - وعلى قولهما يقسم المال على سبيل العول فيكون لصاحب الكل الثلثان ولصاحب النصف الثلث فيقسم ذلك الى ثلاثة اسهم .

فصـــــل

وصى بالربع ولآخر بالثلث ولآخر بالنصف

٣٨١٠ - ولو وصى لرجل بربع ماله ، ولآخر بثلث ماله ، ولآخر بالنصف، فان أجازوا قسم على ثلاثة عشر سهما. لصاحب الربع ثلاثة، ولصاحب الثلث اربعة ، ولصاحب النصف ستة ، هذا قول ابى يوسف ومحمد.

٣٨١١ - وكذا يقسم الثلث على ثلاثة عشر اذا لم يجز الورثة على قولهما وعلى قول ابي حنيفة اذا لم تجز الورثة فعلى قول ابي يوسف في تفسيره لصاحب الثلث اربعة ولصاحب النصف اربعة ولصاحب الثلث ثلاثة لأنه يضرب بما زاد على الثلث فيكون الثلث على أحد عشر سهما .

٣٨١٢ - واما اذا جاز الورثة فعند ابي يوسف وطريقه يأخذ صاحب النصف السدس بلا منازعة ، وذلك سهمان من اثني عشر ، ويأخذ صاحب النصف والثلث نصف سدس وهو الزائد على الربع ، فيصير المال اربعة وعشرين لان لنا سدسا ونصف السدس وهو الزائد على الربع

فيصير المال اربعة وعشرين لان لها سدسا ونصف السدس وهو الزائد على الربع فيصير المال اربعة وعشرين لان لها سدساً ونصف سدس صحيح يبقى ما وقع عليه المنازعة وهو ستة عشر لا تصح على ثلاثة فاضرب ثلاثة في اثني عشر يكون ستة وثلاثين سهما لصاحب النصف ستة بلا منازعة ونصف سدس وهو ثلاثة بلا منازعة صاحب الثلث فيصير الجميع تسعة وله ثمانية بالقسمة فيكون الجميع الذي يصيبه سبعة عشر ولصاحب الثلث احد عشر ولصاحب الربع ثمانية ، وهذا وجه تفسير ابي يوسف عن ابي حنيفة .

٣٨١٣ ـ وعند محمد اذا أخذ صاحب النصف السدس بقي الثلث فيضرب كل واحد بمقدار حقه فيضرب صاحب الثلث بالثلث وصاحب النصف بالنصف وصاحب الربع بالربع فيكون لصاحب النصف بمقدار النصف وللآخر بمقدار الثلث وللآخر بمقدار الربع وتصح المسألة من ثلثمائة واثنى عشر فيكون لصاحب النصف مائه واثنى سبعين ولصاحب الثلث ثمانين ولصاحب الربع ستين .

٣٨١٤ ـ وقد طعن اصحابنا في هذا القول .

فصل

أوصى بثلث ولآخر بجميع ماله

٣٨١٥ ـ وعلى هذا لو وصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بجميع ماله، فلصاحب الجميع خمسة اسداس المال ، ولصاحب الثلث السدس لانه لا ينازعه في الثلثين وقد تساويا في الثلث .

٣٨١٦ وعند ابي يوسف ومحمد ينقسم على اربعة لانهما يقسمان على القول.

٣٨١٧ ـ وهو قول الشافعي .

٣٨١٨ ـ وقد روى (الحسن) بن زياد ذلك عن ابي حنيفة حكاه ابو الليث في خلاف اصحابنا له على طريق غير طريقهما .

فصـــل

لو وصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه

٣٨١٩ ـ وعلى هذا لو وصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه ، وهو يخرج من الثلث قسم بينهما على اربعة اسهم : ثلاثة اسهم لصاحب الكل والربع لصاحب النصف لتساويهما فى النصف .

٣٨٢٠ ـ وعندهما يقسم على ثلاثة اسهم الثلثان لصاحب الجميع والثلث لصاحب النصف .

٣٨٢١ ـ وكذلك الخلاف اذا ادعى رجل داراً فى يد آخر نصفها واقام كل واحد منهما البينة قسمت على هذا الخلاف .

٣٨٢٢ ـ واتفقوا على انه يضرب كل واحد بما دون الثلث وان كثر كالربع والسدس والخمس وسائر اجزاء الثلث ، وهذا قولهم جميعاً .

فصـــل

الإدلاء بسبب صحيح

٣٨٢٣ ـ وأصل ابي حنيفة ان كل من ادلى (١) بسبب صحيح فهو يضرب به ، والسبب الصحيح عنده كل ماكان قوياً فى نفسه لايحتاج الى معنى آخر ينضم اليه ، فعلى هذا لايضرب بما زاد على الثلث لانه يحتاج الى الاجازة والثلث لايحتاج الى ذلك لانه صحيح .

٣٨٢٤ ـ وأصل آخر انه لايضرب بما زاد على الثلث الا بالدراهم المرسلة

---

(١) دلوت بفلان اليك اى استشفعت به اليك وهو يدلى برحمه اى يمت بها (لسان العرب مادة دلا) .

وبقيمة للسه ان كان موصى بعضه وبقيمة العبد ان كان معضا في المرض ، وبمحاباة في البيع ان كان محاباة بـه ، وان لايضرب بما سوى ذلك .

٣٨٢٥ - وعند ابى يوسف يضرب بذلك كله .

٣٨٢٦ - وكل الوصايا عنده سواء .

٣٨٢٧ - وهو قول محمد .

وقد مضى اصلهما في ذلك .

باب ما يكون قبولاً للوصية

وما يكون رداً لها

فصـــــل

٣٨٢٨ ـ اتفق اصحابنا على ان الوصية اذا كانت لمعين انه يحتاج الى قبول الوصية ، وهو قول الشافعي، وان كانت لغيرمعين كالفقراءوالمساكين ووجوه القرب لم يحتج الى ذلك .

فصـــــل

٣٨٢٩ ـ ولو اوصى الى رجل وقال لا اقبل فهو رد لها ، ولايجوز قبولهبعد ذلك لانه عقد فبطل بالرد كالبيع .

فصـــــل

٣٨٣٠ ـ ولو رد في غيبة الموصى ثم مات وقبل فهو جائز الا ان يخرجـــه القاضي ، لان الوصية انما تتم بعد الموت فقد رد قبل ثبوت الحق .

فصـــــل

الرد برسول أو كتاب

٣٨٣١ ـ وان ردهـــا برسول او كتاب فهـــو رد لها لأن ذلك قائم مقام

لعلمه بالـرد .

فصـــــل

٣٨٣٢ ـ وقالوا لو لم يصل الكتاب ولابلغ الرسول ثم مات وقبل فهو وصي ذلك ليس اذا لم يبلغ .

فصـــــل

الرد في وجهه

٣٨٣٣ ـ ولا يكون رد الوصية في غير وجهه رداً .

٣٨٣٤ ـ وقال الشافعي يكون رداً لها بناء على أصله ان علم الوكيل لايعتبر في فسخ الوكالة .

فصـــــل

٣٨٣٥ ـ ولو اوصى لرجل فـــرد ذلك وقال لااقبل ثم مات وقبـــل فهو جائز .

٣٨٣٦ ـ وقال زفر : اذا رد في وجهه لم يكن اه انَ يقبل بعد ذلك.لانهسقط حقه قبل وجوبه كالشفيع قبل البيع .

فصـــــل

لا رد بعد قبول الوصية بعد الموت

٣٨٣٧ ـ ولو قبل الوصية بعـــد الموت لم يكن له ان يردها بعد ذلك لانها لزمت وصحت .

فصـــــل

الرد بعد الموت

٣٨٣٨ ـ ولو ردها بعد الموت ولم يقبلها فهو رد ، ولايكون له ان يقبل بعد هذا لأن الايجاب بطل بالرد كايجاب البيع .

فصـــــل

موت الموصى له

٣٨٣٩ ـ ولو مات الموصى له في حياة الموصي له او مع موته بطلت الوصية لان ذلك انما هو ايجاب بعد الموت فبطل بموت الموجب له .

فصـــــل

٣٨٤٠ ـ ولو مات الموصى ثـــم مات بعده الموصى له ولم يقبل ولم يرد فهو قبول وينتقل عند علمائنا الثلاثة .

٣٨٤١ ـ وقال زفر : يكون لورثة الموصي ولا يملكها الموصي له .

٣٨٤٢ ـ وهو قول الشافعي .

٣٨٤٣ كما لايملك البيع بموت المشتري قبل القبول .

٣٨٤٤ ـ وشبه اصحابنا ذلك بمـــن له الخيار اذا مات بطل خياره ، وملك الورثـــة ذلك ، لأن الوصية لزمت مـــن جهة الموصي بحيث لايلحقها الفسخ .

فصـــــل

الرد بعد القبول قبل القبض

٣٨٤٥ ـ وان رد القبول قبـــل القبض لم يصح رده ، لانه ملكه ملكا تاماً ،

فصار كالرد بعد القبض .

٣٨٤٦ ـ ولاصحاب الشافعي وجهان .

احدهما هذا

والثاني قالوا : يصح الرد ، وهو المنصوص ، لأنه تمليك من جهة آدمي من غير بذل فصح رده قبل القبض كالهبة .

فصـــل

٣٨٤٧ ـ وقالوا اذا لم يرد ولم يقبل كان للورثة المطالبة بالقبول او الرد ،فان امتنع من القبول او الرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة كما لو حجر ايضاً وامتنع من احيائها .

فصـــل

موت الموصى له بعد موت الموصي

٣٨٤٨ ـ وقالوا : اذا مات بعد موت الموصى فالقبول الى وارثه والرد .

٣٨٤٩ ـ وعندنا قـد ملكوا بموته ولا يفتقر الى قبولهم ، ولايبطل بردهم ، وقد مضت .

باب
من تجوز له الوصية ومن لا تجوز
وما يجوز الوصية به وما لا يجوز

٣٨٥٠ ـ اعلم انه قد كانت الوصية واجبة للوالدين والاقربين (١) ، وذلك

---

(١) هذا الاطلاق محل نظر فقد اشار الجصاص في احكام القرآن(١/١٩١) =

منسوخ عندنا لقوله عليه السلام « لاوصية لوارث بعد قوله ان الله تعالى قد اعطى كل ذي حق حقه ، وهو قول عامة الفقهاء .

٣٨٥١ ـ وان اوصى لوارث صحت الوصية ووقفت على اجازة سائر الورثة لقوله عليه السلام الا ان يجيزها الورثة ، ويعتبر في اجازة الورثة ان يكون المجيز بـالغاً عاقلا صحيحا .

٣٨٥٢ ـ فان كان مريضاً اعتبر مايجوز من الثلث كما لو وصى بوصية .

فصـــــل

إجازة الوارث قاصره

٣٨٥٣ ـ ومن اجاز من الورثة لزم في حقه ولا يلزم من لايجيز ، لأن من اسقط حقه لزمه الحكم كالشفيع اذا اسقط من حق الشفعة .

فصـــــل

الوصية لحربي

٣٨٥٤ ـ ولاتجوز الوصية لحربي في دار الحرب وان اجازها الورثة، وان كان في دار الاسلام جازت .

٣٨٥٥ ـ وقال الشافعي يجوز في الحالين .

٣٨٥٦ ـ لأن اختلاف الدار يمنع من ثبوت الحقوق لنا عليهم ، ولهم علينا ،

ـ الى ان كون الوصية للوالدين والاقربين كانت واجبة محل نزاع « فقال قائلون انها لم تكن واجبة وانما كانت ندباً وارشاداً ، وقال آخرون قد كانت فرضا » والظاهر ان هذه الآية كرست في بادىء الأمر عرف العرب قبل الإسلام .

لأن الاموال (١) مباح اخذها لنا ، وفي دارنا تثبت الحقوق :

١٩٥٧ ـ والمسلم والذمي فبقي على حكم الدار فصح الوصية له .

فصـــــل

الوصية لقاتل

٣٨٥٨ ـ ولا تجوز الوصية لقاتل الا ان يجيز ذلك الورثة عند ابي حنيفة ومحمد .

٣٨٥٩ ـ وقال ابو يوسف لاتجوز بحال .

٣٨٦٠ ـ وقال الشافعي تجوز .

٣٨٦١ ـ وقال مالك : ان كان قبل الجرح تجوز وان كان بعد الجرح لاتجوز لقوله لاوصية لقاتل ، وليس للقاتل شيء ، ولأن الميراث آكد حالا من الوصية وقد سقط بالقتل فالوصية اولى ، ومع اجازة الورثة تصير كسائر هبات الميت التي تقف على الاجازة .

٣٨٦٢ ـ وقال الشافعي ليس بوارث فينبغي ان تجوز الوصية له لانه كالاجنبي وتعلق بدليل الخصاب فى الخبر ، ودليل الخطاب ليس بحجة عندنا(٢)

٣٨٦٣ ـ وابو يوسف رحمه الله تعالى جعل ذلك كالميراث في انـــه عقوبـــة للقاتل فلا يجوز .

فصـــــل

الوصية بشيء أو حظ أو قسط إلخ

٣٨٦٤ ـ ومن وصى لرجل بشيء من ماله او بحظ او بقسط اوبجزء اونصيب فذلك كله سواء ، ويعطي ما احب الورثة في ذلك لان ذلك مجهول

---

(١) اي اموال الحربيين في دار الحرب .

(٢) دليل الخطاب هو ما يسمى في اصطلاح القانونيين بقياس المخالفة : وهو أصل مختلف فيه في الفقه الاسلامي كما أشار ابن رشد في بداية المجتهد ج ١ ص ٣

والوصية تثبت في المجهول كالعتاق والطلاق.

فصـــــل

الوصية بسهم من المال

٣٨٦٥ ـ ولو اوصى بسهم من ماله فأبو حنيفة يقول يكون له السدس ان كانت الفريضة اقل من ستة اسهم، وان كانت اكثر فله أحسن سهام الورثة .

٣٨٦٦ ـ وروى عنه انه يعطى كأحسن سهام الورثة ما لم يزد على السدس فان زاد اعطاه السدس .

٣٨٦٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له كاقل سهام الورثة ما لم يزد على الثلث فان زاد اعطاه الثلث .

٣٨٦٨ ـ وقال الشافعي هذا كله مجهول وهو مثل النصيب والجزء .

٣٨٦٩ ـ وروى ابو حنيفة عن ابن مسعود ان رجلا اوصى لرجل بسهم من ماله فلم يدر مايدفع اليه فارتفعوا الى النبي (ص) فجعل له السدس.

٣٨٧٠ ـ وعن ابن مسعود نفسه مثل ذلك .

٣٨٧١ ـ وقال اياس بن معاوية ان السهم السدس، والسهم عول فاضل على الفريضة واقل ماتعال به الفريضة السدس .

فصـــــل

أوصى بمثل نصيب ابنه

٣٨٧٢ ـ ولو اوصى بمثل نصيب ابنه، ثم مات ولا وارث له غير الابن، فقد اوصى له بالنصف من ماله، لان المثل يقتضي بالمساواة، فان اجاز الابن اخذ النصف وان لم يجز اخذ الثلث .

فصـــل

أوصى بنصيب ابن

٣٨٧٣ ـ وان اوصى لرجل بنصيب ابن وله بنون فالوصية باطلة، لانه اوصى بحق الغير فلا يجوز .

فصـــل

٣٨٧٤ ـ وان لم يكن له ابن ، كان للموصى له نصيب ابن ، لو كان له، من الميراث ، لانه لم يوص بحق الغير هنا ، فتصح الفريضة ، ويزيد عليها نصيب ابن لو كان ، ثم نزيد عليها مثل النصيب الموصى له، فيكون له من جملة الثلث ، لانه وصى بمثل نصيب ابن لو كان وهـذا يقتضي مساواة الموصى له فيما يصل اليه ولذلك امثلة .

فصـــل

الوصية بالحمل وللحمل

٣٨٧٥ ـ والوصية بالحمل وللحمل جائزة ، واذا ولد ، ولما يعلم انـه كان محمولا به يوم كانت الوصية لان اكثر ما في ذالك ان يكون مجهولا وفي ذلك تعليق له بخطر وذلك لايمنع الوصية .

٣٨٧٦ ـ وقياسا على الميراث انه يثبت للحمل .

فصـــل

٣٨٧٧ ـ ولو وصى بثلث ماله لفلان وفلان فنظر فاذا احدهما ميت وهو

يعلم او لايعلم ، فالثلث للحي منهما عند ابي حنيفة ومحمد .

٣٨٧٨ - وروي عن ابي يوسف انه قال :

ان كان يعلم ان احدهما ميت فالثلث للحي ، وان كان لايعلم بذلك فللحي نصف الثلث ، لان قوله لفلان لو سكت عليه ملك الوصية فلما زاحمه من لانصح منه المزاحمة صار كما لو قال وللحائط .

٣٨٧٩ - وكذلك اذا قال ثلث مالي لفلان وللمولى فهو للحي .

فصـــــل

٣٨٨٠ - ولو قال بين فلان وفلان واحدهما ميت وهـــو بذلك عالم فللحي نصف الثلث .

فصـــــل

٣٨٨١ - ولو قال ثلث مالي لفلان وفلان ثم مات احد الموصي لهما قبل موت الموصـــي ، فللحي نصف الثلث ويعود نصفه الى ورثةالموصي ، لان لفظة بـــين لاتقتضي الانفراد ، ولـــو سكت عليهما فالحـــي يزاحم الميت .

٣٨٨٢ - وبقول ابي يوسف قال الشافعي ، وزاد عـــلى ذلك بان قال : ولو وصى لفلان وجبريل او الجن فهو مثل مسئلتنا .

فصـــــل

تغليب العتق عند تنفيذ الوصية

٣٨٨٣ - والمريض اذا اعتق عبداً او وهب هبة او وصى لأناس شتى او في ابواب البر مع العتق فانه يبدأ بالعتق في هذا كله ، وهو قول ابن عمر

وابراهيم وسائر اصحابنا ، لان للعتق تغليبا وسراية فهو آكد ولا ينقض بعد ثبوته .

٣٨٨٤ ـ وقد حكى ابو موسى في مختصره ان عند بعضهم الثلث بينهم بالحصص اذا لم يحملهم الثلث .

قال ابو موسى وهو القياس والنظر

فصـــــل

٣٨٨٥ ـ وقال ابو حنيفة :

ان كان بدأ بالمحاباه ثم اعتق عبداً فالمحاباه اولى عنده ، وعندهما يبدأ بالعتق في ذلك كله على كل حال .

وان بدأ بالعتق ثم المحاباة تحاصا وعتق من العبد مقدار ما يخصه وسعى في نفسه عند ابي حنيفة ، لانه اذا بدأ بالمحاباة وجب تقديمها لان فيها معنى المفاوضة ، وقد حصل مزية التقديم باللفظ فصارت كالاقرار بالدين مع الوصية .

٣٨٨٦ ـ واذا قدم العتق فقد حصل لكل واحد مزيه فتساويا .

فصـــــل

٣٨٨٧ ـ وان اوصى ان يباع عبد بعينه مـــن رجل بمثل قيمته فان ذلك يجوز ، وان لم يكن للميت مال غـــيره لأنه قد أعطى الوارث مثل ما أخذ منه .

٣٨٨٨ ـ ولو باع عبداً يساوي ثلثمائة بمائة في مرضه فان اجاز الوارث ذلك جاز ، وان لم يجز فالمشتري بالخيار ان شاء زاد مائة اخرى وجاز له البيع وان شاء فسخ ، وشبهوا ذلك بمن اشترى ثوبا على انه ثمانية

اذرع كل ذراع بدرهم فاصيب تسعة فانه ان شاء زاد درهما واخذ الثوب وان شاء فسخ .

٣٨٨٩ ـ وقال زفر : يكون للمشتري ثلث الثوب بغير بدل اذا لم يجز الورثة وثلثه بمائة وثلثه للورثة .

٣٨٩٠ ـ وقال غير اصحابنا يجوز البيع في نصف العبد بخمسين فتدفع الى الوارث ويدفع اليهم نصف العبد ، وان شاء المشتري ابطل وجعل ذلك فيها دوراً .

قال ابو موسى وهو القياس والنظر.

فصل

٣٨٩١ ـ وان اوصى ان يحج عنه بمائة وكان الثلث لايبلغها فانه يحج عنه بالثلث من حيث بلغ ،

فصل

٣٨٩٢ ـ وان اوصى بأن يعتق بها نسمة فأبو يوسف يجعل ذلك كالحج ويعتق عنه نسمة بما عجل الثلث .

٣٨٩٣ ـ وقال ابو حنيفة ابطل العتق وفرق بينه وبين الحج .

فصل

٣٨٩٤ ـ ولو اوصى بان يحج عنه وارثة بثلثه فان ذلك لايجوز عند اصحابنا لأن فيه منفعة للوارث ويقف على الاجازة .

٣٨٩٥ ـ وقال زفر يجوز ذلك .

فصـــــل

٣٨٩٦ - واذا اوصى المسلم الى ذمى او حربي او مرتد او عبد او صبي فان القاضي يخرجهم من الوصية .

٣٨٩٧ - فان اسلم الذمى وبلغ الصبي واعتق العبد قبل الاخراج فكلهم وصى على ما اوصى الميت اليه عند ابي يوسف .

٣٨٩٨ - وقال ابو حنيفة إلا الغلام اذا بلغ فانه لايكون وصياً .

٣٨٩٩ - ولاصحاب الشافعي وجهان منهم من اعتبر ذلك المشروط يوم العقد ومنهم من اعتبر ذلك يوم التنفيذ كالشهادة .

٣٩٠٠ - وان تصرف الذمى والعبد قبل الاخراج نفذ تصرفهم ، ذكر الخلاف الخصاف لان المانع اذا زال قبل الاخراج صار كأنه ابتدأ العقد ، ولا يرجعون بعد الاخراج لان العقد اذا بطل لم يعد .

فصـــــل

٣٩٠١ - فان كان الذمى وصيا فى حق مثله جازت الوصية ، وليس للحاكم اخراجه ولاصحاب الشافعي وجهان :

احدهما هذا

والثانى لايجوز بناء على ان شهادته لاتجوز فى حقه وعندنا يجوز ان يكون وليا فكان وصيا كالمسلم .

فصـــــل
الوصية إلى إمرأة

٣٩٠٢ - وتجوز الوصية الى المرأة لأن عمر وصى الى حفصة فى صدقته ماعاشت فان ماتت فهي الى ذوي الرأي من اهلها :

فصـــــل

الوصية إلى الأعمى

٣٩٠٣ - وتجوز الوصية الى الاعمى لأن عقوده تجوز عندنا .

ولأصحاب الشافعي وجهان :

احدهما هذا والثاني لاتجوز .

فصـــــل

٣٩٠٤ - واذا اوصى لرجل فتغير حاله بعدالموت ، فان كان لضعف ضم اليه معين امين وان لغير بفسق او جنون بطلت الوصيةفي الجنون واخرجه الحاكم في الفسق .

٣٩٠٥ - وقال الشافعي بطلت ويقيم الحاكم غيرهما فى الفسق والجنون .

فصـــــل

أوصى إلى عبده

٣٩٠٦ - واذا اوصي الى عبده والورثة صغار جازت للوصية ، وان كان فيهم كبير لم يجز عند ابي حنيفة

٣٩٠٧ - وقال ابو يوسف ومحمد لاتصح الوصية اليه ، وقال ابو يوسف تصح ذكر الخلاف الخصاف .

٣٩٠٨ - لانه غير مكلف كالمجنون اذا جعله وصيا بعد الافاقة(١)

---

(١) فى نسخة قليج لم ترد العبارة الاخيرة من هذه الفصل من بعـــد قوله « وقال ابو يوسف تصح الخ » وانما وردت العبارة الاتية : —

فصـــل

٣٩٠٩ ـ واذا قال : اذا كبر ابني فهو الوصي لي ، او وصى الى رجل وقال اذا كبر ابنى فهو الوصي ، قال ابو حنيفة لاتصح الوصية اليه .

٣٩١٠ ـ وقال ابو يوسف تصح ، ذكر الخلاف الخصاف لانه غير مكلف كالمجنون اذا جعله وصيا بعد الإفاقة .

فصـــل

٣٩١١ ـ واتفق الفقهاء جميعا على انه اذا مات ولا وصى له ، وله اب عدل ان اباه بمنزلة الوصي ، وله ان ينفذ وصاياه ويقضي ديونه .

وقال أصحابنا : ان كان عليه دين لم يكن للاب ان يبيع من التركة شيئا لأن ذلك للفقراء .

٣٩١٢ ـ وقالوا في الصبي المأذون له اذا ركبه دين ومات ، والدين يحيط بما خلف ، لم يكن للأب ان يبيع ماله ، وكذلك العبد المأذون اذا مات او حجر عليه لايجوز تصرفه فيما في يديه مع الدين لأن الحق للفقراء في ذلك .

فصـــل

شراء الوصي من التركة

٣٩١٣ ـ ولايجوز شراء الوصي من التركة شيئا لنفسه ، فان كان ذلك حظا للصبي والورثة جاز عند ابي حنيفة.

= » وهو قول الشافعي لانه لاولاية عليهم لهم (كذا) مع الصغر وفي الكبير بخلاف ذلك ،

٣٩١٤ - وقال ابو يوسف ومحمد لايجوز ورجع ابو يوسف وقال : ان كان خيراً جاز ، حكى الرجوع الخصاف .

فصـــــل

٣٩١٥ - وان باع احد الوصيين صاحبه لم يجز عند ابي حنيفة .

٣٩١٦ - وقال ابو يوسف يجوز اذا لم يحابه ، لان عقده لنفسه لايصح .

فصـــــل

٣٩١٧ - ولا يجـــوز ان يوصي الى عبد غيره ولا مدبره لان عليهما ولاية لغيرهما فلايليان .

فصـــــل

٣٩١٨ - وان اعتق قبل الاخراج جاز لانه لاولاية عليهما .
ويجوز ان يبتدئ الوصية اليهما .

فصـــــل
وصية لم تقرأ على الشهود

٣٩١٩ - واذا اوصى رجل بوصية وكتب ذلك في كتاب وقال للشهود : واشهدوا علي بذلك، ولم يقرأ عليهم ولاعلموا ما فيه فالشهادة باطلة .

٣٩٢٠ - وهو قول ابراهيم وغيره من الفقهاء .

٣٩٢١ - وقال عبدالملك بن يعلى قاضي البصرة يجوز ذلك لأنه لايعلم بما شهدوا والشهادة يعتبر فيها علم الشاهد .

فصـــــل

٣٩٢٢ . وان قرأ عليه ، فقال الشاهد يشهد عليك بما فى هذا ؟ فاومى برأسه ان نعم ، لم يجز الا ان يكون اخرس ، ويكون له اشارة تعرف ، فيجوز ذلك عند اصحابنا لأن الاشارة قائمة مقام النطق .

٣٩٢٣ . وحكى ابو موسى في المختصر ان غير اصحابنا قالوا لايجوز وهـــو القياس والنظر في ان الاشارة لايستدل بها على العلم .

باب

ما ليس للوصي فعله في مال اليتيم

فصـــــل

إقراض مال اليتيم

٣٩٢٤ ـ وقالوا ليس للوصي ان يقرض شيئاً مـــن مال اليتيم ، فان فعل فهو ضامن لانه تبرع بماله كالهبة .

فصـــــل

إقرار الوصي على الميت إلخ

٣٩٢٥ ولايجوز اقرار الوصي على الميت ولابشيء فى يده من التركة ولايبرىء غريما ولايحط عنه ، ولا يؤجل ماعليه ، ولا يصالح من حق الميت على انسان ولا يصالح عن الميت في حق يُدّعى عليه بغير بينة أو حكم حاكم ، ويجوز ان كان ثابتا ، لأنه حط عن الميت :

فصـــــل

هل تدخل الوصية في ملك الورثة؟

٣٩٢٦ ـ والوصية اذا بينها ملكها الموصى له بموت الموصى ، فلم تدخل في ملك الورثة ، ويكون النماء كله له ، لأنه تملك بالموت كالميراث .

٣٩٢٧ ـ وقال الشافعي يكون مودعا وهو قولنافيما زاد على الثلث ، فان أجازوا ذلك ملكه بالموت ، وان ردوا تبين انه لم يملك .

فصـــــل

أوصى لقرابته

٣٩٢٨ ـ واذا اوصى لقرابته لايدخل الوالد والولد في الوصية ، ويدخل ابن الابن واولاده في الوصية ، عند محمد ، ذكره في الزيادات . وعند ابى حنيفة وابي يوسف رحمهم الله تعالى(١) وزفر رحمه الله تعالى ويترتب ذلك عنده الاقرب فالاقرب .

٣٩٢٩ ـ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى من يجمعه واياه اقصى اب في الاسلام لانه حقيده (٢) انعقدت الاحكام .

٣٩٣٠ ـ وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يدخل فيه كل ذي رحم ، ولا يعتبر الاقرب ، وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى .

---

(١) ورد في هامش نسخة قليج (وفي نسخة منيخ) بعدهذه العبارة لايدخلون ذكره الحسن وقول ابي يوسف في أول فصل وذو الرحم كل من يرثه اثنان فصاعداً ابـي حنيفة وزفر .

(٢) في نسخة قليج (حينئذ) .

فصـــــل

٣٩٣١ ـ وإذا اوصى بثلثه لانسبائه فانه يدخل فيه من يناسبه من قبل الرجال ومن قبل النساء لان الاسم يقع على الجميع فيدخلون فيه(١)

فصـــــل

أوصى لأهل بيته

٣٩٣٢ ـ وان اوصى لاهل بيته فاهل البيت من يناسبه الى الأب ، ويدخل فيه كل من يناسبه الى ابيه الاكبر ، نحو الرجل من بني العباس يوصى لاهل بيته فهو لكل من يناسبه الى العباس ، وكذلك بنو علي وبنو جعفر وبنو هاشم كل من ينسب الى هاشم من الرجال والنساء .

فصـــــل

أوصى بثلثه لمواليه

٣٩٣٣ ـ وان اوصى بثلثه لمواليه وله موال اعتقوه وموال اعتقهم، فالوصية باطلة عند ابي حنيفة وزفر ومحمد .

---

(٣) جاء في لسان العرب في مادة (نسب) :
النسب نسب القرابات ، وهو واحد الأنساب . ابن سيده . النسبه والنسب القرابة ، وقيل هو في الاباء خاصة ، وقيـــل النسبة مصدر الانتساب والنسبة الاسم .
التهذيب . النسب يكون بالاباء ويكون الى البلاد ويكون في الصناعة . . . وجمع النسب انساب . . . وناسبه شركه في نسبه ، والنسيب المناسب والجمع نسباء وانسباء . يناسب فلانا فهو نسيبه اي قريبه .

٣٩٣٤ ـ وعن ابي يوسف لمواليه اللذين اعتقهم .

٣٩٣٥ ـ وقال الشافعي يوقف الامر حتى يصطلحوا .

٣٩٣٦ ـ وقد ذكر بعض اصحابنا في هـذه المسألة ثلاث روايات التسوية والبطلان ومثل قول ابي يوسف ، فمن ابطل يقول تصير الوصية كانه اوصى لاحد هذين وذلك مجهول فلا تصح ، كما لو وجب لاحدهما البيع بغير عينه .

فصل

٣٩٣٧ ـ وقد قالوا لو وصى لرجل بثلث ماله او لفلان فهو باطل عند ابى حنيفة وزفر .

٣٩٣٨ ـ وقال ابو يوسف ان اصطلحا فالوصية لها .

٣٩٣٩ ـ وقال محمد الخيار الى الورثة يعطون ايهما شاؤا .

فصل

٣٩٤٩ ـ ولو وصى بثلث ماله في سبيل الله ، قال ابو يوسف : سبيل الله العدو ، وقال محمد ان اعطى الوصي حاجاً منقطعا جاز ، واحب الى الى ان يجعله في السبيل ذكر الخلاف ابو الليث .

فصل

٣٩٤١ ـ وقالوا لو كان اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقهم ابوه وقد مات ابوه فالوصية لهم جميعاً لأن الكل موال له ، لانه ورث ولاءهم .

٣٩٤٢ ـ وعــن ابي يوسف الثلث لمواليه خاصة فان لم يكن له مــوال فوالى ابيه .

٣٩٤٣ ـ وقال محمد في الجامع لاشئ لموالي ابيه .

فصــــل

٣٩٤٤ ـ ومن اوصى لقبيلة لاتحصى كتميم وعقيل فالوصية باطلة عندنا .

٣٩٤٥ ـ وقال الشافعي تدفع الى من احب منهم .

٣٩٤٦ ـ لانها مجهوله .

فصــــل

الوصية لبني زيد

٣٩٤٧ ـ ولو اوصى بثلثه لبنى زيد فالوصية لبنيه الأحياء يوم مات الموصي، ولا يدخل في ذلك الاناث ، لان الاسم لايطلق عليهم .

٣٩٤٨ ـ وقال محمد يدخلون لأن المذكر يغلب فى الاسم على المؤنث .

فصــــل

لأولاد زيد

٣٩٤٩ ـ ولو قال لاولاد زيد دخــل البنات والبنون ولا يدخل ولد الولد مادام ولد الصلب موجودين .

٣٩٥٠ ـ فاذا لم يكن ولد دخل ولد البنين دون ولد البنات لان ولد البنات اولاد لابيهم .

٣٩٥١ ـ وقال بعض الفقهاء يدخلون لانهم يقع عليهم الاسم .

فصــــل

بيع التركة بالدين

٣٩٥٢ ـ والوصى له ان يبيع جميع التركة في الدين اذا كان الورثة صغاراً ،

وان كان فيهم كبير جاز بيعه عند ابي حنيفة .

٣٩٥٣ ـ وقالا : لايجوز في نصيب الصغار خاصة ، ومقدار الدين خاصة .

٣٩٥٤ ـ لانه يجوز بيع البعض فجاز الكل كما لو كانوا صغاراً .

باب
الوصية إلى اثنين

وما يجوز من ذلك وما لا يجوز

فصـــــل

٣٩٥٥ ـ واذا اوصى الى رجلين فليس لاحدهما ان ينفرد بعمل دون صاحبه الا الطعام والكسوة عند ابي حنيفة في رواية الخصاف في ادبه .

٣٩٥٦ ـ وقال عنه لاحد الوصيين ان يقضي ما على الميت من دين ، وليس له ان يقبض شيئا من دين الميت الا بأمر صاحبه ، وكذلك في دفع وصية بعينها الى رجـــل بعينه ، وعتق عبـــد بعينه ان يفعل ذلك احدهما جاز .

٣٩٥٧ ـ وان كان صدقة على المساكين لم ينفرد دون صاحبه .

٣٠٥٨ ـ وقال ابو يوسف فعل احد الوصيـــين جائز كفعلهما جميعاً لانـــه يتصرف بالولاية .

٣٩٥٩ ـ قال ابو موسى :

واجمع الفريقان أن لاحدهما ان يقبض الدين ويكفن الميت ويقبض هبة وهبت للطفل ويشتري ما لابد من الطعام والشراب .

٣٩٦٠ ـ قال : والقياس ان لايجوز شيء من ذلك الا بأمر صاحبه .

٣٩٦١ ـ وهذا مذهب الشافعي .

٣٩٦٢ ـ والخلاف اذا اوصى اليهما معاً يتحقق .

فصـــــل

٣٩٦٣ ـ واذا اوصى الى رجل في شيء بعينه والى آخر في غـير ذلك الشيء فهما شريكان في الاشياء كلها في قول ابي حنيفة .

٣٩٦٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد : بل كل واحد منهما وصي فيما اوصى اليه .

٣٩٦٥ ـ وهو قول الشافعي .

فصـــــل

٣٩٦٦ ـ وكل مااوصى به الى واحد واوصى بغيره الى آخر فهما مشتركان في الوصية .

٣٩٦٧ ـ وقال للشافعي لكل واحد منهما ما فوض اليه ، وهو قولهما .

٣٩٦٨ ـ لان الولاية لا تتبعض عند ابي حنيفة .

فصـــــل

أوصى إلى رجلين فمات أحدهما

٣٩٦٩ ـ وان اوصى الى رجلين فمات احدهما ولم يوص الى أحـــد ، فليس للآخر ان يعمل شيئاً حـــتى يرفع ذلك الى القاضي فاما ان يفرده بالوصية او يجعل معه آخر .

٣٩٧٠ ـ وكذلك اذا اوصى الى اثنـــين فقبل احـــدهما ولم يقبل الآخر فمثل ذلك .

فصــــل

٣٩٧١ ـ وان اوصى احدهما الى صاحبه ففيه روايتان احداهما يجوز والاخرى لايجوز لأنه فوضى الامر الى رأيين .

فصــــل

بينة وصي الغائب

٣٩٧٣ ـ واذا ادعى رجل انه وصي فلان الغايب واقام بينة حكم له بذلك ، ولايكلف الغائب اعــادة البينة اذا حضر لان الثبــوت فــي حقهما جميعاً .

٣٩٧٤ ـ وان حضر الغايب وجحد اقام القاضي مع الحاضر آخر ، وان رأى ان يجعله وصيا فعل .

فصــــل

٣٩٧٥ ـ واذا ترك الرجل أخاً صغيراً ، ووصى الى رجل ، ولاوارث لهغيره فله بيع المتاع والعروض ومايخاف (عليه) التلف .

وليس له بيع العقار ، وهذا قول ابي يوسف واصحابنا حكاه الخصاف قال :

لايجوز شراء شراء هــذا الوصي على اليتيم الا الكسوة والطعام خاصــة .

وكذلك وصي الأم

فصــــل

٣٩٧٦ـ ولوصي الاب اذا لم يكن دين ولا وصية ، والورثة صغار وكبار ،

فبيعه لجميع التركة جائز ، فاذا كان في ذلك حظ للصغار باعه كله عند ابي حنيفة .

٣٩٧٧ ـ وقال ابو يوسف لايجوز بيعه الا في العقار فانه يجوز بيع حصة الصغار دون الكبار .

٣٩٧٨ ـ وهو قول الشافعي .

فصل

إن مات الوصي وأوصى إلى غيره

٣٩٧٩ ـ وان مات الوصي واوصى الى غيره فانه يكون وصيا للأول ، وله ذلك عندنابمطلق الوصية .

٣٩٨٠ ـ وقال الشافعي وابن ابي ليلى ليس له ذلك بمطلق الوصية ، ولهاذا جعل اليه .

٣٩٨١ ـ واجمع الفريقان ان له ان يوكل الوكلاء ويستأجر الاجراء بمطلق الوصية .

٣٩٨٢ ـ واجمعوا على انه ليس له ان يزوج .

٣٩٨٣ ـ وقال مالك له ذلك .

فصل

٣٩٨٤ ـ وليس لوصي غير الاب ان يبيع ولايشتري الا مالا بد له من الطعام والشراب والكسوة .

٣٩٨٥ ـ وليس له ان يقاسم عقاراً ولايشتريه لنفسه ، ولايبيعه .

٣٩٨٦ ـ وقال الشافعي ليس لهم ان يفعلوا ذلك وان كان لابد منه،لانالذي جعل اليهم ذلك لم يكن له ان يفعل شيئا من ذلك .

٣٩٨٧ ـ وهـو القياس عندنا ، والاول استحسان وقـد مضى فى كتاب الهبة وجهه .

فصـــل

وصى الأب

٣٩٨٨ ـ ووصى الاب اولى بالتصرف مـن الجد عندنا .

٣٩٨٩ ـ وقـال الشافعي الجـد اولى .

٣٩٩٠ ـ لأنه نائب عن الأب فكان اولى من الجد كحالة الحياة .

فصـــل

وصية الصبي المراهق

٣٨٩١ ـ والصبي المراهق اذا وصى بشئ من ماله لم يصح .

٣٨٩٢ وقال الشافعي يصح .

٣٨٩٣ ـ لانه غير مكلف .

فصـــل

٣٩٩٤ ـ واذا اوصى بغلة بستانه او ركوب دابته للمساكين ، لم يصح عند ابي حنيفة .

٣٩٩٥ ـ وقال محمد يصح

٣٩٩٦ ـ لانه تمليك لغير معين

باب
كيفية المرض الذي يعتبر من الثلث

٣٩٩٧ ـ كل مرض صار صاحبه صاحب فراش ، ومات فيه ، فما يفعله فيه يكون من الثلث ، وما يتطاول مـن العلل او يبرأ منه ثم يمرض بعده مرضاً آخر فهو كالصحيح

٣٩٩٨ ـ والفلج والزمانة في حكم الصحيح والحامل اذا ضربها الطلق كالمرض المخوف ، وكذلك من قدم ليقتل في قصاص او ليرجم في زنا مثل ذلك .

٣٩٩٩ ـ وقال مالك : اذا مضى على الحامل ستة اشهر فهي كالمريض المخوف.

٤٠٠٠ ـ ومن الفقهاء من يقول تصرف المريض كتصرف الصحيح فى جميع الأشياء .

٤٠٠١ ـ وقال ابو موسى وهو القياس والنظر والسنن والاثار مع الآخرين .

٤٠٠٢ ـ ومتى صح من المرض فهو صحيح لايعتبر من الثلث لان الصحة قطعت حكم المرض .

باب

اختلاف الوصي والورثة

فصل

القول قول الوصي في ضياع المال

٤٠٠٣ ـ واذا كبر اليتيم وطلب المال فقال الوصي قد ضاع فالقول قوله مع يمينه لأنه أمين كالمودع .

فصل

القول في النفقة قول الوصي

٤٠٠٤ ـ وان اختلفا فى النفقة عليه فقال :

انفقت عليك

والكر الصبي فالقول قول الوصي لأنه أمين ، ويتعذر عليه اقامة البينة على النفقة .

فصل

اختلافهما في قدر النفقة

٤٠٠٥ ـ وان اختلفا فى قدر النفقة ، فقال أنفقت عليك كل سنة مائة دينار ، وقال الصبي بل خمسين ، فالقول قول الوصي في مقدار نفقة مثله بالمعروف فى المدة ، لانه أمين وان كان اكثر من المعتاد لزمه الضمان لأنه فرط .

فصل

اختلافهما في المدة

٤٠٠٦ ـ وان اختلفا في المدة ، فقال الوصي عشر سنين ، وقال الصبي خمس سنين فالقول قول الصبي ، لأن الاصل عدم المدة .

٤٠٠٧ ـ وقال الاصطخري القول قول الوصي كما لو اختلفا فى النفقه .

فصل

القول في الإنفاق على عبد للميت

٤٠٠٨ ـ وان ادعى الوصي انه أنفق ذلك على رقيق للميت ، وأنهم ماتوا وكذبه الابن فالقول قول الوصي عند ابي يوسف لانه امين لم يكذبه الظاهر .

٤٠٠٩ ـ وقال الحسن بن زياد لا اصدقه على ذلك ، والقول قول الابن لأن الاصل عدم العبيد .

فصل

دعوى الوصي دفع جعل الآبق

٤٠١٠ ـ ولو قال الوصي أبق للابن عبد فاعطيت جعله اربعين درهما، صدق

الوصي عند ابي يوسف .

٤٠١١ ـ وقال محمد أضمنه الجعل الا ان يأتي ببينة لأنه يدعي غير الظاهر .

فصـــــل

ادعاؤه آداء الخراج

٤٠١٢ ـ وان ادعى انه ادى في الخراج صدق عند ابي يوسف ؛

٤٠١٣ ـ ولم يصدق عند محمد .

فصـــــل

ادعاؤه النفقة على ذي رحم محرم

٤٠١٤ ـ واذا ادعى انه انفق على ذي رحم محرم فرض عليه القاضي نفقته لم يصدق الا ببينة تشهد بذلك .

فصـــــل

ادعاؤه دفع المال للصبي

٤٠١٥ ـ وان ادعى انه دفع المال الى الصبي وانكر الصبي ذلك فالقول قول الوصي لأنه امين مقبول القول في الضياع فقبل في الدفع كالمودع .

٤٠١٦ ـ ولأصحاب الشافعي وجهان احدهما هذا والثاني القول قول الصبي لانه لم يأمنه على الحفظ .

فصـــــل

الوصية للجار

٤٠١٧ ـ والوصية للجار يدخل فيها المالك والساكن اذا كان ملاصقاً .

٤٠١٨ ـ وعند محمد من يصلي معه في المسجد .

٤٠١٩ - وعند غيره من يسمع النداء .

٤٠٢٠ - وقال الشافعي من داره الى دار الموصي باربعين داراً.

فصـــل

بيع الوصي نسيئه

٤٠٢١ - واذا باع الوصي بنسيئه وفيها ضرر على الورثة نقض . وليس هذا كالتجارة له والشراء

باب

الرجوع في الوصية

فصـــل

الأصل الرجوع في الوصية

٤٠٢٢ - ومن اوصى بوصية فله ان يرجع فيها مالم يمت ، لان الوصية انما تتم بالموت كما تتم الهبة بالقبض ، ولو وهب ولم يقبض كان له الرجوع فيها فهنا اولى .

فصـــل

الرجوع دلالة

٤٠٢٣ - واذا اوصى لرجل بأرض ثم بنى فيها بناءاً او بثوب ثم قطعه قميصا او قباء او بقطن فحشي به مخدة او شاة فذبحها او بفضة فصاغها آنية او بسويق فلته بزيت او بسمن فهذا كله رجوع .

٤٠٢٤ - ولو كان اوصى له بثوب فغسله او قصره او بدار فجصصها لم يكن

ذلك رجوعاً ، والقياس ان يكون تخصيص الدار رجوعاً لأن العين بخلاف ماوصى بها .

فصــــل

إخباره أنه أوصى بالثلث لآخر

٤٠٢٥ ـ وان اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال : الثلث الذي اوصيت به له، قد اوصيت به لهذا الاخر فهذا رجوع .

فصــــل

التشريك في الثلث

٤٠٢٦ ـ ولو قال «وقد اوصيت به لهذا الآخر فانه بينهما ، وليس هذا برجوع بل تشريك بينهما في ذلك .

فصــــل

ما يعد من الأفعال رجوعاً

٤٠٢٧ ـ ولو اوصى بأمة فباعها او اعتقها او وهبها او تصدق بها او كاتبها او دبرها او اخرجها من ملكه بوجه سوى ماذكرناه ، او كان قمحاً فطحنه ، كان ذلك رجوعاً فيا لوصى به ، لان هذه الافعال كلها لاتصح مع بقاء الوصية ولاتجمع معها . فكانت رجوعاً في الوصية ، وصار ذلك كالمشترى اذا كان له الخيار ففعل ذلك انه يبطل خياره .

فصــــل

ما يقطع حق المغصوب يعد رجوعاً

٤٠٢٨ ـ وكل ماقطع حق المغصوب من فعل الغاصب في العين واوجب

عليه القيمة فانه يكون رجوعاً ، فعلى هذا اذا اوصى لهبالجطري(1) فصـار بسراً ، او بالعنب فصار زبيبـاً ، او بالبيض فصار فراريج ، كان ذلك كله رجوعـاً عن الوصيه ، كما يقطع حـق المغصوب منه .

فصـــــل

استثناء الرطب إذا صار تمراً

٤٠٢٩ ـ وان اوصى له برطب فصار تمراً فانهم خصوا هـذا بجواز الوصية استحسانا لان منافع الرطب لاتبطل بكونه تمراً .

فصـــــل

أوصى بعبد لرجل وبمنافعه لآخر

٤٠٣٠ ـ وان اوصى بعبد لرجل وبمنافعه لاخر فلكل واحد ما اوصى له به، والنفقة عندنا على صاحب المنفعة .

٤٠٣١ ـ وقال الشافعي على صاحب الرقبة .

فصـــــل

أوصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه

٤٠٣٢ ـ وان وصى لرجل بعبد ولاخر بنصفه قسم على اربعة اسهم عنـد ابي حنيفة .

٤٠٣٣ ـ وعندهما على ثلاثة أسهم .

---

(1) اي مايسمى في عامية العراق خلال الطوش ويقصد به مايتساقط قبل نضجه من خلال التمرة

فصـــــل

أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفضته إلخ

٤٠٣٤ - وان وصى لرجل بخاتم ولاخر بفضته ، فلصاحب الفضة الفضة ، ونصف الفص وللآخر نصف الفص عند محمد .

٤٠٣٥ ـ وقال ابو يوسف تكون الفضة لواحد والفص للآخر .

٤٠٣٦ ـ وكذلك الخلاف اذاوصى بالدار لرجل والبناء لآخر والنخلة لرجل والثمرة لآخروالتمر لرجل والقوصرة لآخر فهو على الخلاف .

فصـــــل

أوصى لأناس وجهات

٣٠٣٧ ـ واذا كانت الوصية لعدة اناس وجهات وابواب البر فعلى كل واحد ان يعد البينه ليأخذ حقه ، الا بواب البر فأنه ينفذ عند ابي حنيفة لان حق كل واحد غير حق الآخر .

٤٠٣٨ وقال ابو يوسف لايكلف واحد منهم اعداد بينة على حقه ، وكل من حضر قضيت له بحقه ، وان جهل الذي حضر كلف البينـــة على معرفته .

فصـــــل

تحليف صاحب الدين

٤٠٣٩ وان اقام البينة وكان صاحب دين حلف مع بينته ثم اعطى دينه وان كان موصى له اعطى ما اوصي له به من الثلث .

فصـــــل

ادعى الوصية والمال

٤٠٤٠ ـ والوصي اذا ادعى للوصية والمال على رجل فصدقه لم يؤمر بدفـع ذلك اليه حتى يثبت الوصية عند الحاكم وفي الوكالة تدفع

٤٠٤١ ـ وقال الشافعي لاتدفع

٤٠٤٢ ـ وقالوا في الوارث يدفع

٤٠٤٣ ـ وفي اليمين خلاف رواية

٤٠٤٤ وفي الحوالة وجهان

• • •

٤٠٤٥ ـ وكتاب الوصايا من امهات الكتب وفيه كل عجيب من مسائل الخلاف والوفاق ، والذي ذكرت مـن ذلك قليل مـن كثير ، غير انـه أوفى مما ذكـره الغـير في هـذا الشأن ، واصول وعامـة مسائل الخلاف فيـه .

واذ قـد ذكرنا الوصية ، وكان فـيما ذكرنا مايقربه الوصى ، ويقر له به من الحقوق وجب ان نذكر الاقرار بعد ذلك .

كتاب الإقرار
وهذا كتاب الإقرار[1]

٤٠٤٦ ـ اعلم ان هذا الكتاب كان من حقه ان نذكره في آخر الكتب لانـه يدور في سائر الكتب والاحكام من العقود والايقاعات والأفعال من الجنايات والغصوب والمواريث والـدعاوي والبينات والشهادات وجميع الكتب.

غير انا ذكرناه في هذا الموضع وسطا بين الكتب لانه كالفرع على ماتقدم واصل لما يأتي، وهو كثير الفائدة، عليه مدار الشرع، وان كان غيرنا قـد أخره الى آخر الكتب في بعض المواضع وفي بعضها جعل وسطا في المعاملات، فلهذا جعلناه في هذا الموضع.

فصـــــل
تعريف

٤٠٤٧ ـ واعلم ان الاقرار اخبار عن أمر سابق اما عقد يوجبه ضمانا اوملكا او فعل يوجب ضمانا (٢)

---

(١) جاء في القاموس المحيط في مادة القران الاقرار هو الاذعان للحق وقد قرره عليه

(٢) عرف الاقرار تعريفات اخرى يستفاد منها انه في رأي جمهور الفقهاء يعد من قبيل الخبر. اذ تقسم اقوال المكلفين المعتبرة شرعاً الى خبر ـ

فصـــــل

الإقرار غير ناقل

٤٠٤٨ وقال اصحابنا ليس هو بناقل للملك (١)

٤٠٤٩ ـ وحكى شيخنا قاضي القضاة رحمه الله في درس الجامع الكبير عليه، ان من اصحابنا من قال اذا تعورف به نقل الملك نقل، وصار كبيع التعاطي، والصحيح هو الاول من القول (٢)

ـ وانشاء، لان المقر بحق عليه لغيره يخبر في الحقيقة ان ما اقر به هـو لغيره سواء مما ادعاه عليه خصم او لم يدعه، وانه حق ثابت للمقر له، وانه ثابت في ذمه المقر ان كان دينا في الذمة، او انه في يده وحوزته اما على سبيل الضمان او على سبيل الامانه، والاقرار في مصطلح جمهور الفقهاء هو « اخبار الانسان عن ثبوت حق للغير على النفس » وقد عرف مثلا خسرو الإقرار في « الغرر والدرر » بانه شرعا « اخبار بحق لآخر عليه، لا اثبات له عليه (٢/٣٥٧ منه) (مقالتنا نظريـة الخبر والانشاء في ابعادها الفلسفية والبلاغية والفقهية مخطوطة)

وانظر في مناقشته سائر التعريفات رسالة حجية الاقـرار في الاحكام القضائية للسيد مجيد حميد السماكية

(١) لان الاقرار باعتباره خبراً يعد كاشفا عن الحقيقة لامنشأ لها:

(٢) ثمة اتجاه في الفقه يرى في الاقرار معنى يزيد على الاخبار فقد عرفـه بعض الفقهاء بانه « اخبار بحق عليه من وجه وانشاء مـن وجه ; تنوير الابصار ٢/٢٢٠، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٧/٢٤٩) وحجتهم في هذا ان الاقرار يرتد بالرد وان الملك الثابت بالاقرار لايظهر في ـ

فصـــــل

أهلية المقر

٤٠٥٠ ـ ولايصح الا من بالغ عاقل مكلف .

٤٠٥١ ـ واختلف في اقرار الصبي المأذون له قبل بلوغه فأجاز ذلك اصحابنا.

٤٠٥٢ ـ وقال الشافعي لايجوز اقراره كما لا يجوز عتقه وطلاقه ، وكما لو لم يؤذن في التصرف .

٤٠٥٣ ـ واصحابنا يقولون هو عاقل مميز فصح الاذن له كالبالغ ، ولأنه يقبل قوله في الهدية والاذن في دخول الدار،وجواز اقراره يبتنى على صحة اذن الولي له في ذلك .

فصـــــل

إقامة الحد بالإقرار

٤٠٥٤ ـ والحر والعبد سواء في اقامة الحدود عليهما (بالاقرار) .

فصـــــل

الآثار المروية

٤٠٥٥ ـ وقد اقام النبي (ص) الحد على ماعز (١) باقراره والغامدية (٢)

= حق الزوائد وثمة اتجاه آخر في الفقه يرى ان الاقرار يفيد التمليك في الحال وقد ذهب الى ذلك ابو عبدالله الجرجاني من الاحناف وذهب جماعةمن الشافعية معهم البغوي انه قائم مقام الانشاء(انظر رسالةالسماكية)

(١) صحيح البخاري ٨/ ٢٠٥ وصحيح مسلم ٥/ ١١٦ الحدود ، وبلوغ المرام ص ٢١٧ وشرحه سبل السلام ٤/ ٦ .

(٢) صحيح مسلم ٥/ ١٠٦ ، سبل السلام ٤/ ١١

والذي رضخ رأس الجارية بين حجرين احضره فاعترف فرضخ رأسه ، وقال اغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها (١)

فصـــل

الإجماع على الإقرار

٤٠٥٦ وفيه اجماع العلماء ، وانما اختلفوا في التفضيل ومواضع الاداء .

٤٠٥٧ واجمعوا على انه يصح في المعلوم والمجهول جميعا ، وان المجهول يرجع فيه الى قول المقر مع يمينه في موضع دون موضع ، ولا يرجع في بعضها الى قوله .

فصـــل

قبول قوله لفلان على مال

٤٠٥٨ ـ فمن ذلك اذا قال : لفلان على مال قبل قوله فيما يقول (٢) في العادة في القليل والكثير ، وهذا اجماع من العلماء (٣) .

فصـــل

قوله مال عظيم

٤٠٥٩ ـ ولو قال مال عظيم فان اصحابنا قالوا يحتاج الى بيان المجمل

(١) صحيح البخاري ٢٠٨/٨ وصحيح مسلم ١٢١/٥ ، بلوغ المرام ص ٢١٦ وشرحه سبل السلام ٣/٤-٤ .

(٢) كذا ويجوز ان يكون : فيما يتمول في العادة .

(٣) نقل في المغنى لابن قدامة ١٥٦/٥ عن ابي حنيفه انه لايقبل تفسيره ـ

مــع ذلك (١) .

فصـــــل

قوله من الدراهم أو من الدنانير
أو من الإبل . . إلخ

٤٠٦٠ ـ فان قال : من الدراهم لزمه مائتان وان قال من الدنانير لزمه عشرون ديناراً ، وان قال من الابل لزمه خمسة وعشرون ومن البقر لزمه ثلاثون بقرة . واصناف الزكاة نأخذ اقل نصاب فيها ، وهو قول ابي يوسف ومحمد ، وان كان لانصاب له اعتبرت القيمة كما في زكاة التجارة يعتبر فيه قيمة النصاب .

٤٠٦١ ـ ومن اصحابنا من قال: وهو قول ابي حنيفة وروى عن ابي حنيفة انه قال يلزمه عشرة دراهم .

= بغير المال الزكوى لقوله تعالى « خذ من اموالهم صدقـــة تطهرهم » وقوله « وفي اموالهم حق » وفي القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٤٢) « ولو قال له على مال ، قبل مايفسر به ولو حبـــة او قيراطا ويحلف » (انظر رسالة السماكية ص ٢٥٠) .

(١) في الهداية (٣/١٨٠) « ولو قال : مال عظيم ، لم يصدق في اقل من مائتي درهم ، لأنه اقر بمال موصوف فلايجوز الغاء الوصف ، والنصاب مال عظيم ، حتى اعتبر صاحبه غنيا به ، والغنى عظيم عند الناس . وعن ابي حنيفة (ر) لايصدق في اقل من عشرة دراهم ، وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة .

وقالوا : لارواية في النفيس والخطير والجليل والوافر والسنى والكبير

ومنهم من سوى بين الجميع .

ومنهم من فرق .

٤٠٦٢ ـ وقال الشافعي : كل ذلك مجهول ، ويرجع الى قوله فيما يقر به من الاموال وقدرها .

٤٠٦٣ ـ واصحابنا لم يلغوا الصفة كما لو قال : جيادا او صحاحا او ضرب كذا ، فان الصفة لاتلغى ، كذلك هذا .

فصـــــل

المال القليل

٤٠٦٤ ـ وقالوا في المال القليل يقبل قوله .

المال المطلق

٤٠٦٥ ـ وذكر علي بن موسى القمي في احكام القران الصغير له : ان المال المطلق عشرة ، ولايصدق في اقل من ذلك .

وقالوا : لافي قليل ولاكثير : انه مائتان .

فصـــــل

أقر بدراهم

٤٠٦٦ ـ وقالوا في دراهم ، لايصدق في اقل من ثلاثة ، فان قال : كثيرة ، لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة ، وعندهما مائتان .

وعند الشافعي يصدق في ثلاثة

فصـــــل

مائة دراهم

٤٠٦٧ ـ وان قال : له على مائه دراهم او مائة دينار لزمه الجميع من جنس المفسر عندنا .

وقال الشافعي يلزمه الدرهم والدينار ، والقول قوله في المائة.

واتفقوا انه لو قال مائــة وثوب ان عليه ثوبا ، والقول قولــه في المائــة .

وكذا مائة وثوبان .

ولوقال : وثلاثة اثواب كان الجميع ثيابا ، لان المبهم اذاعطف عليــه مفسر يثبت في الذمــة كان الجميع مثــل المفسر كمائــة وخمسين درهما .

وقــد منــع بعض اصحاب الشافعي ذلك ، وهــو غير صحيح عنــد الجميع .

فصـــــل

درهم لا بل درهمان

٤٠٦٨ ـ ولوقال : لهعلى درهم لابل درهمان لزمه عنداصحابناالثلاثةاستحسانا والقياس انه يلزمــه ثلاثة دراهم ، وهو قول زفــر ، لان « بل » لاستدراك ماوجب ، وما اوجبه لايصح نفيه والرجوع عنه ، فيجب ان يلزمه الجميع .

والاستحسان ان «لابل» قد افاد فائدة واثبتنا لها امرآ زائداعلى ما اوجب ، وغاية مافيه الاحتمال فلا يلزمه بالشك الزوائد .

فصـــــل

دينار إلا درهماً

٤٠٦٩ - ولوقال : له علي دينار الا درهما اوالاقفيز حنطةاو شعير ، واستثنى غير الجنس فيا له مثل فانـــه يصح الاستثناء على قـــول ابي حنيفة وابي يوسف :

وقال محمد وزفر اشتثناء غير الجنس لايجوز بحال وهو القياس ه

وقال الشافعي : استثناء غير المكيل والموزون والمعدودايضايصح ونخرج قيمة المستثنى من ذلك .

حقيقة الاستثناء

٤٠٧٠ - وحقيقة الاستثناء ان يخرج من الكلام مايتناوله اللفظ ، وغيرالجنس فما دخل تحت اللفظ ، ومايوجد من ذلك فهو مجاز :

ذوات الأمثال

٤٠٧١ - وذوات الامثال تثبت فى الذمة فهـي كالاثمان فى الثبوت فلهذا فصل ابو حنيفة بينهما وبين الثياب .

فصـــــل

كذا كذا درهماً

٤٠٧٢ - واذا قال : له علي كذا كذا درهما فهو احد عشر ، ولايصدق في

اقل مـــن ذلك .

وقال الشافعي : يصدق في درهم

وفي كذا وكذا احد وعشرون درهما

وفي كذا درهما عشرون

وفي كذا درهم مائة درهم

وعند الشافعي كذا وكذا درهمان ، وله قول آخر درهم واحد .

وقد روى عن محمد : كذا وكذا عشرون درهما .

كذا عدد مبهم

٤٠٧٣ ـ واصل هذا الباب ان « كذا » عبارة عن عدد مبهم فهي مثل « كم »
واذا اوجب على نفسه مالا وفسره بالدراهم لزمه ذلك من الدراهم .
وكذلك اذا فسره درهما فاقل جملة تفسر بدرهما انما هي احد عشر
واكثر من ذلك تسعة عشر وفي العطف الاقل احد وعشرون والاكثر
تسعة وعشرون ،وفي درهم الاكـــثر الالف والاقل مائة فله الاقل
الذي يقتضيه لفظه وتفسيره .

فصـــــل

٤٠٧٤ ـ ولو قال : درهم طبرى لزمه درهم وازن .

العمل بعرف أهل البلد

٤٠٧٥ ـ والاصل في هذا الباب انك تعمل في الاقرار على عرف اهل البلد
وتوجب عند الاطلاق ماهو متعارف فيه،الا ان يقر موصلا فيصدق
على ماينه في موضعه :

الدراهم في زمن النبي

٤٠٧٦ ـ واعلم ان الدراهم كانت مختلفة على زمن النبى صلى الله عليه وسلم والخليفة بعده الى زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

وكان منها ماوزنه مثقالا وهوعشرون قيراطا ومنها ماوزنه اثنى عشر ومنها ماوزنه عشرة قراريط ، وكان الناس اذا تبايعوا اختلفوا فاستشار عمر رضي الله عنه الصحابة ، فاتفق الجميع على أن يأخذوا من كل جنس درهما واحداً فجمع الجميع فكان اثنين واربعين قيراطا فقسم ذلك وصار الدرهم وزن سبعة عشر ، وتقرر ذلك في البلاد وعملت به الصحابة ، ورجعوا في ذلك الى جميع مايتعلق بالدرهم، فان (كان) من البلاد ماهو على أصل الخلاف رجع الى معاملة اهله عند الاطلاق :

فصـــل

غالب النقد

٤٠٧٧ وان كانت النقود مختلفه في البلد رجع الى غالب النقد كما يفعل في البيع والاثمان .

فصـــل

٤٠٧٨ ـ وان تفاوتت [1] النقود ولم يكن هناك غالب رجع الى قول المقر في التفسير .

القول قول المقر

٤٠٧٩ ـ ومن اقر بجنس يشتمل على انواع ، فادعى المقر له الاعلى من ذلك

(١) في نسخة المعهد : تساوت

واعترف المقر بالادنى فالقول قوله مع يمينه .

فصـــــل

ببغداد له على ألف درهم

٤٠٨٠ ـ واذا قال : ببغداد له على الف درهم طبرية كان عليه الف درهم وزن سبعة من الطبرية ، وذكر الطبرية هو بيان للصفة .

فصـــــل

له على كر حنطة

٤٠٨١ ـ وكذلك لو قال : له على كر حنطة ، قال عليه كرهالمعدل المعروف بالعراق ، وهو كيل الستين الذي به يقع التعامل .

فصـــــل

على دريهم

٤٠٨٢ ـ ولوقال : على دريهم ، كان عليه درهم تام وازنلانالتصغيريذكر لصغر حجم الدرهم ، وقد يذكر للاستقلال ، فلم ينقص من الوزن الذي اقتضاه اللفظ .

فصـــــل

له على شيء من الدراهم

٤٠٨٣ ـ وذكر ابن سماعه في النوادر عن ابي يوسف في رجل قال لاخر : له على شيء من الدراهم او من دراهم ، ان عليه ثلاثة دراهم لأنه اقر بمبهم ، وقوله من الدراهم تمييزلما اقر به ،واقل اسم الدراهمثلاثة.

فصـــــل

٤٠٨٤ ـ وقـــد ذكر بعض اصحابنا فيمن قالت لزوجها : اخلعني على ما في يدي من الدراهم ،وكان في يدها اقل من ثلاثة فهوله ، ولايكمل ذلك ولن لم يكن في يدها شيء لزمها ثلاثة دراهم لانـــه اقل مايحتمله الاسم واذا كان موجوداً تناولته الاشارة .

فصـــــل

هو عندي

٤٠٨٥ ـ وقال اصحابنا اذ قال له على كذ فهو اقرار بدين عليه مضمون وان قال هو عندي او في يدي فهو امانة لان لفظه يقتضي الايجاب ولذا قال تعالى « ولله على الناس حج البيت » (١) وعليه ماحمل يعني اوجب ولفظة «عند» لاتقتضي ذلك فلهذا فصل بينهما .

فصـــــل

له من مالي

٤٠٨٦ ـ ولو قـــال : له مـــن مالي الف فهذا اقـــرار بهبة ، ولا يكلف تسليمها اليه .

فصـــــل

له قبلي

٤٠٨٧ ـ ولو قال : له قبلي الف ، فقـــد اختلف اصحابنا في ذلك ، فمنهم

---

(١) وتمام الاية « من استطاع اليه سبيلا » (٩٧ م ال عمران ٣)

من قال «قبل» يقتضى الضمان لان القبالة والحوالة والحمالة واحد ، وذلك يقتضي الضمان

ومنهم من قال : لايقتضي ذلك ، لأنه لوقال : لاحق لي قبل فلان بريء مما عليه ومما عنده له واذا اقتضى اللفظ الامرين لم يلزمه الضمان بالشك .

فصل

دين يستغرق التركة

٤٠٨٨ - واتفق العلماء على ان من مات وعليه دين لجماعة ، لاتفي التركة بملك فانه يقسم على مقادير ديونهم ، ولم يوف أحد منهم دون الاخر حقه .

فصل

دين الصحة ودين المرض

٤٠٨٩ - واختلفوا فيمن عليه دين فى حال الصحة ، واقر بدين في مرضه ، فقال اصحابنا : يقدم دين الصحة فى القضاء على دين المرض

وقال الشافعي : هما سواء

فصل

دين وجب بمعاينة الشهود

٤٠٩٠ - ولو وجب الدين بمعاينة الشهود او كان سلمة بعينها فانهما سواء في ذلك ، ويتحاصان فى التركة لتساويهما في الثبوت .

فصـــل

قضاء المريض في مرضه دين دائن

٤٠٩١ ـ ولو قضي المريض فى مرضه بعض الغرماء دينه لم يسلم اليه ، ورجع عليه الغريم الآخر عندنا

وقال ابن ابي ليلى والشافعي يسلم له ذلك

فصـــل

أقر في المرض وسلم

٤٠٩٢ ـ ولو اقر في المرض وسلم الى المقر له ثم مات ، رجع غرماء الصحة عليه فاخذوه من يده(١)

فصـــل

سلم الثمن في المرض

٤٠٩٣ ـ واتفق الفريقان انه لو سلمه الثمن الـذي اشترى به في المرض سلم للبائع .

فصـــل

قضى مال القرض في المرض

٤٠٩٤ ـ وكذلك لو اقترض مالاً فقضاه فى المرض سلم ذلك لمن قبضه .

---

(١) عملا بمبدأ رد ماقبض بدون حق

فصـــــل

قضى مهر من تزوجها في مرضه

٤٠٩٥ ـ ولو كان تزوج امرأة في مرضه فاعطاها مهرها وعليه ديـــون في الصحة فانهم يحاصونها ، وقال زفر والشافعي لايحاصونها وكأنه قد باعها بذلك بيعاً .

والخلاف في الاجارة

وفرق ابو حنيفة بين المهر وثمن المبيع بان ذلك مال حصله للوارث والبضع بخلافه .

فصـــــل

أقر في مرضه بوديعة

٤٠٩٦ ـ وقالوا لو اقر فى مرضه بوديعة ثم بدين بديء بالوديعة لانه لايصدق على صاحبها انه يدخل عليه ضرراً .

فصـــــل

قضيته إياها

٤٠٩٧ ـ ولو قال كانت له علي ألف درهم وقد قضيته اياها ، لم يصدق انه قضاها واخذ بها .

وعن الحنابلة انه يصدق في ذلك وهـــذا لايصح ، لانه اقر بالمال وادعى الوفاء فالقول قول المقر له .

فصـــــل

٤٠٩٨ ـ ولو قال له على ألف درهم الامائة كان عليه تسعمائة .

الأصل في الاستثناء

٤٠٩٩ ـ والاصل في باب الاستثناء انك تجعل الاستثناء من الاثبات نفياومن النفي اثباتا . فاذا قال له على الف فقد اثبت ، فاذا قال الا مائة فقد نفي من الجملة مائة ، فان قال الا درهمين فعليه تسعمائة ودرهمان لانه استثنى ذلك من المائة فصار اثباتا .

فصـــــل

ألف درهم إلا تسعمائة

٥٠٠٠ ـ وعلى هذا لو قال له على الف درهم الا تسعمائة فعليه مائة ، وهذا ينبني على انه يجوز أن يستثني الاقل ويبقى الاكثر .

وقد قال ابو يوسف وغيره من الناس ان استثناء الاكثر وتبقيه الاقل لايجوز لانه لايوجد في كلام العرب ذلك ولم يستعملوه .

والصحيح هو الاول ، لان لفظ الا لا يخرج من ان يكون استثناء ، ولفظ المستثنى منه لا يخرج من ان يكون مستثنى منه ، والمعتبر ببقاء حكم اللفظ في ذلك .

فصـــــل

٥٠٠١ ـ فعلى هذا الاصل اذا قال: له على الف الا تسعمائة الا ثمنمائة الا سبعمائة الا ستمائة الا خمسمائة الا اربعمائة الا ثلثمائه الا مائتين الا مائـــة يكون عليه خمسمائة .

فان كان هذا من العشرة الى الواحد فالباقي خمسة ،

وان كان من المائة الى العشرة بقي عليه خمسون ، وان من الالف الى المائة بقي عليه خمسمائة .

ومن اصحابنا من قال تجعل العـدد الاول معقودا في يمينك ، والثاني في اليسار والثالث في اليمين والرابع في اليسار والخامس في اليمين والسادس في اليسار والسابع في اليمين والثامن في اليسار والتاسع في اليمين والعاشر في اليسار ، ثم تنظر ما اجتمع في اليسار فتسقطه من اليمين ، وتبصر ما بقي فهو المقر بـه ، فاذا فعلت ذلك كان ما في اليمين ثلاثين وما في اليسار خمسا وعشرين فيكون الباقي خمسة ، فهذا وجه للعمل ذلك .

ومنهم من قال : الاستثناء يرجع الى ما يليه ، ويعمل على هـذا الترتيب فيستثني بالواحد من الاثنين يبقى منها واحد ، فيستثني ذلك من ثلاثة يبقى اثنان ، فيستثني ذلك من اربعة يبقى اثنان ، فيستثني ذلك من خمسة يبقى ثلاثة فيستثني ذلك من ستة تبقى ثلاثة فيستثنيها من سبعة تبقى اربعة يستثنيها من ثمانية تبقى اربعة يستثنيها من تسعة تبقى خمسة يستثنيها من عشرة تكون خمسة . وهذا طريق اصحابنا بالعراق في الاستثناء في الاقرار والطلاق والعتاق وسائر ما يصح الاستثناء منه .

فصـــل

الاستثناء في الطلاق

٥٠٠٢ وعلى هذا اذا قال في الطلاق لزوجته : انت طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة فانها تطلق اثنتين ، لانهم ابتدوا بالواحـدة من الاثنتين فبقي منها واحدة ، استثنوا ذلك من الثلاثة بقي اثنتان .

ومسائلهم على هذا الاصل كثيرة والاصل في جميع ما يأتيك من ذلك واحد وهو ما ذكرناه .

فصـــــل

قول الوارث لهذا على والدي ولهذا

٥٠٠٣ ـ ولو قال الوارث : لهذا على والدي الف درهم ، ولهذا على والدي الف درهم ، ولم يترك الميت الا الفاً فانهما يتحاصان ، لانه عطف احدهما على الاخر فصار كأنه قال : لهذين على ابي الفان .

فصـــــل

تخلل إقرار الوارث سكوت

٥٠٠٤ ـ ولو قال : لهذا الف وسكت ثم قال : ولهذا الف ، كانت الالف للاول ، لانه ثبت حقه في الالف واقراره الثاني يريد به الاضرار به فلا يقبل وثبت على تصديقه .

فصـــــل

لاحد هذين علي

٥٠٠٥ ـ ولو قال : لأحد هذين علي الف ، فسأله الحاكم: لأيهما هي ؟ فأبى ان يبين ، فلكل واحد منهما استحلافه ، فان حلف لهما جميعا فلا شيء لهما ، وان نكل عن اليمين لهما ، غـرم لهما الفين ، ولهما قبل الحلف ان يصطلحا على الف ويأخذاها ، وليس لهما ذلك بعد الحلف في قول ابـي يوسف ، وذلك لهما في قول محمد كما قبل الحلف ، لان الحق في الجملة لهما .

والله سبحانه وتعالى اعلم بما فيه الصلاح (١) .

---

(١) وردت هذه الجملة في نسخة منيخ فقط .

باب

الإقرار بالمال في مجلس أو مجلسين والشهادة على الجملتين

فصـــــل

اختلاف الشاهدين في المبلغ

٥٠٠٦ ـ قال ابو حنيفة : واذا ادعى على رجل الف درهم ، فشهد له بذلك شاهد ، وشهد له بالفين اخر ، فالشهادة باطلة لان كل واحد قد كذب الآخر .

وقال ابو يوسف ومحمد : يلزمه الالف

وهو قول الشافعي كما لو شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة فانه يقبل عند الجميع .

وفرق ابو حنيفة بينهما بانهما اتفقا على لفظ الالف ، واما الآخر فحمله اخرى فقبل فيما اتفقا عليه ، ولفظ التثنيةغير لفظ الواحد ، كما ان لفظ الجميع غير التثنية هذاهو الاصل .

فصـــــل

اختلاف المقر في المبلغ

٥٠٠٧ ـ واذا اقر في مجلس بالف ، ثم اقر بالفين او الف فهو مال واحد

عند الطحاوي ويدخل الاقل في الاكثر اذا ادعاه المقر
وقال الكرخي : هما مالان ، واتفق الجميع على انه مالان فيه اذا
اختلفت المواطن .

وقال الشافعي الموطن الواحد ومازاد سواء ، وهو مال واحد.

وهو قول ابي يوسف ومحمد

واختلاف الأجناس اموال

واختلاف العقود اموال

وفي الصكاك المختلفة اموال

فصـــل

البراءة أولى

٥٠٠٨ ـ واذا اقام شهوداً عليه بمال ، واقام المطلوب البراءة(من مثله فالبراءة
اولى ، الا ان يكون التاريخ بعد البراءة فيكون ذلك مالا آخر ويكون
اولى من البراءة لان ((١) البراءة لاتصح قبل اثبات الحق) وهذا
لاخلاف فيه .

فصـــل

صكوك وبراءات

٥٠٠٩ ـ ولو كان معه صك بالف وآخر بالف وبراءة بالف واخرى بخمسمائة

---

(١) مابين قوس ورد في نسخة قليج والمعهد وسقط من نسخة منبخ .

فقال المطلوب قد أخذ مني الفا وهي التي في الصكين وقد بقي عليه خمسمائة ، فانه يبرأ من الف وخمسمائة ويبقى عليه خمسمائة :

فصــــل

٥٠١٠ ـ ولو كانت البراءتان كل واحدة بالف برىء من المالين جميعاً لانها تدل على اسقاط ماوجب عليه من المال .

فصــــل

٥٠١١ ـ ولو قال الطالب : مالى الف وقبضت الفاً ، وقال المطلوب : قبضت الفين ولك الف رجع على الطالب بالف ، لانه قبض ثقفين واقر ان ماله الف .

فصــــل

قبول البراءات

٥٠١٢ ـ والبراءات المختلفة كلها مقبولة ويحاسب بماتضمنه كل واحد بالفاق.

فصــــل

كل براءة بنجم

٥٠١٣ ـ والمكاتب يحسب له كل براءة بنجم اذا لم يعين ذلك ، وكان الشهود مختلفين .

فصــــل

٥٠١٤ ـ (ولو اقر بقتل عبد لم يسمه او ابن لم يسمه ، ثم اقــر في مجلس

آخر بمثل (١) ذلك فهو قتل واحد وان ادعى الطالب قتلين .

فصـــــل

إقرار الأب بتزويج ابنته إلخ

٥٠١٥ ـ ولو اقر بتزويج ابنته من فلان وانها ماتت ولها عليه الف، واقر بمثل ذلك ، فهو مال واحد ؛

الإقرار بالجراحات

٥٠١٦ ـ وكذلك الاقرار بالجراحات فهي جراحة واحدة .

وفرقوا بين هذا وبين الديون والغصوب والودائـع ، واختلاف الاجناس والعقود . وهذه المسائل تلزم على اصولهم في انه أقر بمال منكر فحمل على مال جديد .

فصـــــل

أقر بألف في موطن وأشهد إلخ

٥٠١٧ ـ واذا اقر بالف واشهد في موطن ، ثم اقر في آخر واشهد ، وشهد الفريقان جميعا عند الحاكم : فعند ابـي حنيفة يجب المالان، وعندهما مال واحد؛

---

(١) مابين قوسين ورد في نسخة قليج والمعهد وسقط من نسخة منيخ .

فصل

بكل مال شاهد واحد

٥٠١٨ ـ ولو كان بكل مال شاهد واحد فهو مال واحد ، وقال زفر الشهادة باطلة ، لانه جعل ذلك غير الاول .

فصل

أقر ثم قال هي زيوف

٥٠١٩ ـ واذا اقر لرجل بالف درهم قرض او من ثمن مبيع ، ثم قال هي زيوف او نبهرجة لم يصدق عند ابي حنيفة وصل او قطع اذا ادعى المقر له الجياد ، ولزمه الجياد .

وقالا : ان وصل صدق وان قطع لم يصدق .

فصل

أقر بوديعة أو غصب وقال هي زيوف

٥٠٢٠ ـ ولو قال : اودعني او غصبت منه الف درهم ، وقال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل او قطع بالاتفاق ، لانه لم يقر بأمر عليه في الذمة فصدق .

والله اعلم

باب

من الإقرار بالمجهول الذي لا يرجع فيه إليه

قوله لاحق إلخ

٥٠٢١ ـ واذاقال : لاحق لي قبل فلان برىء فلان مما هو مضمون عليه، وان قال : لاحق لى عنده ومعه برىء مماصله الامانة لما بيناه في الباب المتقدم ان ذلك يحتمل ماقلناه .

فصل

لي عليك ألف درهم

٥٠٢٢ ـ واذا قال رجل لرجل لى عليك الف درهم ، فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها فهوناقرار بها ، لان الاجل لايثبت الافيماعليه ، وكذلك الوزن ، لأن الكناية ترجع الى ماله ذكر ، فصاركالمصدق له في ذلك فلزمه المال .

فصل

٥٠٢٣ ـ ولو قال : اتزن او انتقد ، لم يكن اقراراً لا يحتمل غير ما اقر به ، ولا كناية ترجع الى ماادعاه ، فلم يكن مصدقا في ذلك .

فصل

له على مائة درهم ونيف

٥٠٢٤ ـ ولو قال : له على مائة درهم ونيف ، فالقول قوله في النيف ، كان

أقل من درهم او أكثر لان ذلك عبارة عما زاد وأناف.

فصل

بضع وكذا درهم

٥٠٢٥ ـ ولو قال له علي بضع وخمسون درهماً فالبضع (١) ثلاثة فصاعداً ، وليس له أن ينقص من الثلاثة في بيانه لما روى في تفسير قوله تعالى « في بضع سنين (٢) ومخاطرة أبي بكر رضي الله عنه لقريش . ان الروم تغلب الى ثلاث سنين » فقال النبي عليه السلام له : زد في الخطر وابعد في الاجل ، فدل على ان البضع يقع أقله على ثلاثه لإنه أقره على ذلك .

---

(١) من سورة « الروم » وأولها « الم غلبت الروم في أدنى الارض» .

(٢) جاء فى لسان العرب في مادة بضع :

البضع بالفتح والكسر ما بين الثلاث إلى العشر وبالهاء من الثلاثة إلى العشرة ، يضاف إلى ما يضاف اليه الآحاد ، لإنه قطعه من العدد كقوله تعالى « في بضع سنين » وتبنى مع العشرة كما تبنى سائر الاحاد وذلك من الثلاثة إلى تسعة . فيقال بضعة عشر رجلا وبضع عشرة جارية ، قال ابن سيده : لم نسمع بضعة عشر ولا بضع عشره ، ولا يمنع ذلك وصل البضع من الثلاث إلى التسع ، وقيل من أربع إلى تسع ، وفي التنزيل « فلبث فى السجن بضع سنين» . قال الفراء البضع ما بين الثلاثة الى ما دون العشره ، وقال شمر البضع لا تكون أقل من ثلاث ولا أكثر من عشره .

فصـــل

سهم في داره

٥٠٢٦ ـ وان اقر بسهم في داره فاقل ذلك إنما هو السدس عند أبي حنيفـه رضي الله عنه ، ولا يصدق فيا دونه.

٥٠٢٧ ـ وقالا : لا يصدق في الثلث وما دون

٥٠٢٨ ـ وعلى قول الشافعي انه يرجع اليه في بيان ذلك ، وقد تقدم فى كتاب الوصايا الوجه

فصـــل

الاستثناء بالمشيئة

٢٠٢٩ ـ ومن اقر بحق مجهول أو معلوم وقال : ان شاء الله متصلا بكلامه لم يلزمه .

٥٠٣٠ ـ والاصل في هذا الباب ان الاستثناء بالمشيئة يقف الكلام ، ولايلزم حكمه عنـدنا في جميـع العقود والايقاعات والاقرارات من الطلاق والعتاق .

فصـــل

الطلاق على مشيئة الله

٥٠٣١ ـ ومن قال لزوجته . انت طالق ان شاء الله لم يقع .

٥٠٣٢ ـ وقال مالك يقع الجميـع ، ولا فرق بين الطلاق والعتق .

٥٠٣٣ ـ ومن الناس من فرق بين العتق والطلاق فقال :

٥٠٣٤ ـ يقع العتق ولا يقع الطلاق وهو قول بعض اصحابنا المتكلمين .

اتصال الاستثناء وانفصاله

٥٠٣٥ ـ الاستثناء يجب ان يكون متصلا بالكلام ولا يصح بعد السكوت عن الجملة الأولى .

٥٠٣٦ ـ وعند ابن عباس : يصح الاستثناء المنفصل كما يصح المتصل .

٥٠٣٧ ـ وهذا لايصح لانه يؤدي الى ان لا يستقر حكم بعد ثبوته فى المستقبل

لزوم ما يرفع حكم الطلاق

٥٠٣٨ ـ واذا كان يرفع حكم الطلاق فاذا تم لزم حكمه ، وهو كالمبتدأ والخبر الذي لايصح تأخره عنه .

فصـــــل

استثناء بناء الدار

٥٠٣٩ ـ واذا اقر الرجـــل بدار واستثنى البناء فللمقر له الدار والبناء، لأن اقراره بالدار يوجب ثبوت يده على البناء لأنه مما يدخل في البيـــع على طريق التبع فصار كأنه رجع عن بعض ما اقر به فلا يقبل .

فصـــــل

استثناء بيت أو حصة من الدار

٥٠٤٠ ـ ولو قال الا بيتاً منها او الا ثلثها او ربعها فالاستثناء صحيح ويلزمه ما بقي لانه استثناء مما تناوله اللفظ .

٥٠٤١ ـ وفي المسألة الاولى دخل البناء من طريق المعنى واستثناء دخـل من طريق الحكم فلا يصح .

فصـــل

بناء الدار لفلان

٥٠٤٢ ـ ولو قال : بناء هذه الدار او العرصة لفلان فهو كما قال لأن العرصة عبارة عن بياض الارض دون البناء في ذلك فلم يلزمه .

فصـــل

أقر بغصب ثوب من منديل

٥٠٤٣ ـ واذا قال : غصبت ثوباً في منديل من هذا الرجل لزماه جميعاً .

فصـــل

حنطة في جراب إلخ

٥٠٤٤ ـ وكذلك الحنطة في جراب والتمر في قوصرة والدرة في الصدفه .

٥٠٤٥ ـ وقال الشافعي يلزمه المقر به دون الظرف .

٥٠٤٦ ـ والفق الفريقان انه لو قال دابة فى اصطبل لزمته الدابة دون الاصطبل

٥٠٤٧ ـ وقال محمد يلزمه الجميع لأن الظرف يتناوله الفعل قبـل المغصوب فلزمه الجميع .

٥٠٤٨ ـ وان قال : ثوب في عشرة اثواب لزمه الثوب عند ابي يوسف .

٥٠٤٩ ـ وقال محمد يلزمه احد عشر ثوباً

٥٠٥٠ ـ لان العشرة لاتكون وعاء في الظاهر لثوب واحد ، ومحمد يقول يجب تصحيح قول المكلفين .

فصـــــل

غصبت من فلان لا بل من فلان

٥٠٥١ ـ ولو قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان سلمه الى الاول وضمن للثاني قيمته لأنه اعترف بأتلافه عليه .

٥٠٥٢ ـ وقال الشافعي لايلزمه ضمان في أحد قوليه .

٥٠٥٢ ـ لأنه اقر بمال الغير .

فصـــــل

تجزء إقرار بوقائع متعددة

٥٠٥٣ ـ ولو قال له على الف من ثمن عبد باعنيه ولم اقبضه لم يصدق وصل أو قطع .

٥٠٥٤ ـ وقال الشافعي يصدق انه لم يقبض وهو قولها .

٥٠٥٥ ـ واتفقوا انه لو قال من ثمن هذا العبد انه يقبل، ولا يلزمه المال حتى يتسلم العبد .

باب
الإقرار بالوارث وللوارث
وما يلزم من ذلك وما لا يلزم

فصـــــل

٥٠٥٦ ـ واذا اقر الرجل فقال هـــذا ابي او ابني أو زوجتي أو مولاى الذى اعتقني قبل اقراره اذا كان ذلك موهوماً في الابوة والبنوة والمرأة كذلك اذا قالت ذلك الا الابن فانه لا يقبل اقرارها لأنها تحمـــل النسب على غيرها .

فصـــــل

٥٠٥٧ ـ واذا مات وترك ابنين فأقر احدهما بأخ وكذبه الآخر شارك المقر فيما صار اليه ولم يثبت النسب .

٥٠٥٨ ـ وقال الشافعي لا يشاركه فيما أخذ .

فصـــــل

لا يثبت النسب بقول وارث واحد

٥٠٥٩ ـ ولا يثبت النسب بقول واحد من الورثة عنـــد ابي حنيفه ومحمد حين يكون الورثة اكثر من واحد .

٥٠٦٠ ـ وقال ابو يوسف اذا كان الواحد هو الوارث وحـــده قبل اقراره وثبت النسب .

فصـــــل

إقرار المريض بوارث ولوارث

٥٠٦١ ـ والمريض اذا اقر بوارث صح اقراره وان اقر لوارث لم يصح في حق الورثة .

٥٠٦٢ ـ وقال الشافعي يصح في الجميع .

٥٠٦٣ ـ لأنه متهم في حق الورثة ، ولأن من لايصح الوصية له بالثلث لايصح له الاقرار كما لو اقر بمال الغير .

فصـــــل

إقرار المريض لامرأة تزوجها بعد ذلك

٥٠٦٤ ـ ولو اقر لأمرأة وهو مريض وهي اجنبيه ثم تزوجها ومات جاز اقراره لها .

٥٠٦٥ ـ وقال زفر لايصح الاقرار. لأن الدين لزم قبل التزوج

فصـــــل

إقرار لأخ غير وارث

٥٠٦٦ ـ وقالوا : لو اقر لأخيه وهو غير وارث ثم صار وارثاً لم يصح اقراره اذا مات من ذلك المرض .

٥٠٦٧ ـ لأن سبب المنع حاصل قبل الاقرار .

فصـــل

وهب وهو مريض ثم تزوج الموهوب لها

٥٠٦٨ ـ وقالوا لو وهب لامرأة وهو مريض هبة ، ثم مات وقد تزوجها ، لم تصح الهبه ، وكانت كالوصية تقف على اجازه الورثة.

فصـــل

أقر لابنه بدين فتوفي ابنه قبله

٥٠٦٩ ـ ولو أقر لأبنه بدين ثم مات الابن قبله ثم مات المقر المريض وترك إبناً سواه جاز اقرار المريض بالاتفاق .

وارثه وارث ابنه المقر له بدين

٥٠٧٠ ـ ولو ان المريض لم يترك ابناً آخر ولكن وارثه وارث الابن الاول جاز اقراره له عند محمد ولم يجل عند ابي يوسف في قوله الآخر لأنه وارث له وحكم الاقرار له لازم .

فصـــل

أقر المريض بدين لرجلين أحدهما وارث

٥٠٧١ ـ واذا أقر المريض بدين لرجلين أحـدهما وارث فالاقرار باطـل باتفاق اصحابنا .

٥٠٧٢ ـ خلاف الشافعي يصح .

٥٠٧٢ ـ ولو ان الاجنبي رد اقراره للوارث وكـذبه ، وقال ليس هو لي

بشريك او رد الوارث اقراره له وجحد ان يكون له ديناً عليه فان اقراره للاجنبي لا يصح عند ابي حنيفه .

٥٠٧٤ ـ ويصح في حق الاجنبي عند محمد فى مقدار حصته .

٥٠٧٥ ـ لأن الدين اذا بطل بعضه بطل جميعه ، ولا جزء من ذلك الا وهو شريك فيه .

فصـــــل

على الوارث دين أقر المريض باستيفائه

٥٠٧٦ ـ ولو كان على الوارث دين فأقر المريض باستيفائه منه لم يصـــح ، وكان كما لو أقر له بدين فى ظاهر المذهب .

٥٠٧٧ ـ وروى عن ابى يوسف انه يصـــح اقراره ، وفرق بين الاستيفاء وبين الدين .

فصـــــل

إقرار الأجنبي لابن المريض المقر

٥٠٧٨ ـ ولو أقر المريض بعين في يده لأجنبي ، فقال الاجنبي هو لأبن المريض ومات المريض ، بطل الاقرار في قـــول ابى يوسف الاول ، وفي قوله الثاني يصح وهو قول محمد .

فصـــــل

ثلاثة بنين وثلاثة آلاف

٥٠٧٩ ـ واذا مات الرجل وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف ، فأدعى رجل على

الميت ثلاثة آلاف ، فصدقه الأكبر في الجميع والأوسط في الفين والصغير في الف فان الكبير يؤخذ جميع الالف من يده ، ومن الصغير ثلثا الالف ومن الاوسط خمسة اسداس الالف في قول ابي يوسف وقال محمد يؤخذ من الاوسط جميع الالف ايضاً وفيه يقع الخلاف خاصة .

فصل

إقرار أحد الورثة ببيت من الدار

٥٠٨٠ ـ واذا اقر احد الورثة ببيت من الدار لرجل ، وكذبه الآخر ، فانه يقسم اولا الدار، فان وقع البيت في نصيب المقر سلمه الى المقر له ، وان وقع في نصيب الآخر ، فان يقسم ماصار الى المقر بينه وبين المقر له ويضرب المقر له(١) بمثل ذرع البيت والآخر بحصته فيما صار له في قول ابي حنيفه وابي يوسف .

٥٠٨١ ـ وقال محمد يضرب المقر له بمثل نصف ذرع البيت (٢) .

٥٠٨٢ ـ وكذلك لو اقر أحدهما بوصية بيت معين فهو على هذا الخلاف ايضاً

فصل

بيع أحد الشريكين في الدار نصيبه من بيت معين

٥٠٨٣ ـ وقالوا لو باع احد الشريكين في الدار نصيبه من بيت معين منها لم يصح البيع ، لأنه يؤدي الى تفريق الصفقة على الآخر .

٥٠٨٤ ـ وروى عن ابي يوسف انه يصح ويقاسم المشتري الشريك ذلك ، وهو قول الشافعي .

---

(١) عبارة « المقر له » غير واردة في نسخة منيخ .

(٢) هذه النبذة لم ترد في نسخة منيخ .

فصــــــل

الإقرار بزوجة الأب

٥٠٨٥ ـ وان اقر احدهما بزوجة لأبيه وكذبه الآخر فان المقر يقسم ما صار اليه بينه وبين الزوجة على تسعة اسهم سبعة للمقر وسهمان للزوجة لأنه يقول : انا وانت وأخي كان المال بيننا على ستة عشــر سهما لكل واحد منا سبعة ولك سهمان وانا اقسم ماصار الى على ذلك .

٥٠٨٦ ـ وقال غيرنا يقسم ماصار له على ثمانية اسهم لأنه اقر بالثمن لها مما في يده ، ويد الآخر فيلزمه في حصته وهــذا قول الشافعي وابن ابى ليلى .

فصــــــل

أقر أحد الورثة بدين على أبيه

٥٠٨٧ ـ وعلى هذا الخلاف اذا اقر أحد الورثة بدين على ابيه وكذبه الآخر فان المقر يدفع جميع الدين مما في يديه ، لأن الدين يقدم على الميراث ويصير الأخ كالغاصب لبعض التركة .

فصــــــل

٥٠٨٨ ـ وقال الشافعي يلزمه بحصته ما اقر به من التركة ، لأنه اقر على التركة فصار كما لو اقر بالوصيه .

فصــــــل

إقرار أحد الإبنين بالدار لهما ولأجنبي

٥٠٨٩ ـ وان اقر أحد الابنين وهو الاكبر بان الدار التي بيديهما بينهما وبين

زيد اثلاثا وقال الاصغر انها بيننا وبين زيد وعمرو ارباعا فان الذي اقرا به جميعاً وهو زيد يأخذ من الاصغر ربــع مافي يديه ويضم ذلك الى ما بيد الاكبر ويجعل بينهما نصفان ويقسم الاصغر ما بقى في يديه بينه وبين عمرو نصفين ، وهذا قول ابى حنيفه عند ابى يوسف ، وهو قوله .

٥٠٩٠ ـ واما قول ابى يوسف عند محمد وهو قوله : يؤخذ مما فى يد الاصغر لزيد الذي اقرا به جميعا خمس ما في يده ويضم الى مابيد الاكبر ويقسم بينهما نصفان ويقسم الاصغر مابيده بينهوبين عمرو نصفين .

٥٠٩١ ـ وقد روى هذا القول ابن زياد عن ابى حنيفه ، حكاه الطحاوي .

فصـــــل

صور من الإقرار بالشركة في المال

٥٠٩٢ ـ ولو قال رجل لآخر : هذا العبد انت شريكي فيه فهو بينهما نصفان بالاتفاق ، وان قال لفلان شركة فى هذا العبد فهو بينهما نصفان كما لو قال شريكي (عند ابي يوسف (١))،

٥٠٩٣ ـ وقال محمد البيان الى المقر ، وقــوله شركة مثل قــوله له نصيب وجزء منه .

فصـــــل

الإقرار بنخله في بستان

٥٠٩٤ ـ واذا لرجل بنخلة في بستان فان الاقرار بها وما تحتها من الارض في قولهم جميعاً .

(١) ما بين قوسين لم يرد في النسخة المعتمدة .

٥٠٩٥ ـ واختلفوا في البيـع فقال ابو يوسف لا يدخل في البيـع ما تحت النخلة من الارض وقال محمد يدخل موضع الاصل في البيع خاصـة دون مواضع العروق لأنه لا يتوصل الى بقائها إلا بما تحتها .

فصـــل

إقرار الحرفي

٥٠٩٦ ـ والحربي اذا اسلم في دار الاسلام فأقر لرجل بأنه اخـذ منه الف درهم وهو حربي ، فقال المأخوذ منه بل اخذت ذلك وانت مسلم ، او المسلم الذي قال اخذت منك وانت حربي وقال : اخذت مني وأنا مسلم ، فان كان الشيء قائما فالقول قول المأخوذ منه بالاتفاق وان كان هالكا فالقول قوله ايضاً عند ابي حنيفه وابي يوسف .

٥٠٩٧ ـ وقال محمد القول قول الاخـذ ، ولا ضمان عليـه ، لأنه لم يقر بما يوجب الضمان .

٥٠٩٨ ـ وكذلك الخلاف في القتل والقطع .

فصـــل

لفلان أو لهذا الحائط

٥٠٩٩ ـ ولو قال لفلان على عشـرة دراهم او لهذا الحائط فعليه المال عند ابي حنيفة .

٥١٠٠ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزمـه شيء وكأنه قال او لا شيء .

فصـــــل

الإقرار المقترن بالخيار

٥١٠١ ـ واتفق اصحابنا انه اذا قال : له علي عشـــرة وانا بالخيار ان المال يلزمه ، لأن الخيار يثبت فيما يقبل الفسخ ، والاقرار لا يقبل الفسخ بعد ثبوته .

فصـــــل

لفلان وإلا فلفلان

٥١٠٢ ـ ولو قال لفلان على مائة درهم والا فلفلان لم يلزمه شيء ، وصار كأنه قال او لفلان ، عند ابى يوسف .

٥١٠٣ ـ وقال محمد يلزمه للاول ولا شيء للثاني .

فصـــــل

أقر بألف إلا مائة أو خمسين

٥١٠٤ ولو قال له على الف درهم إلا مائة درهم او خمسين درهماً ، قال في بعض الكتب يلزمه تسعمائة ، وقال في موضع آخر يلزمه تسعمائة وخمسون ، لأن « أو » دخلت على حرف الاستثناء فاثبتت المتبقي في رواية واثبتت في الاخـــرى مازاد لأنه اسقاط ما قد ثبت فلا يسقط بالشك .

فصـــــل

الأكر حنطة وقفيز شعير

٥١٠٥ ـ ولو قال له : على كر حنطه وكر شعير الا كر حنطه وقفيز شعير

فاستثناء الكر الحنطة باطل في قولهم جميعاً ٠

٥٠٦ ـ وابطل ابو حنيفه استثناء القفيز ايضاً ٠

٥١٠٧ ـ واجاز ذلك ابو يوسف ومحمد لانه يصح ٠

فصل

أنت حر وحر إنشاء الله

٥١٠٨ ـ ولو قال لعبد أنت حر وحر انشاء الله عتق العبد عند أبي حنيفه لإن الكلمة الثانية لغو ، فصار كما لو سكت ٠

٥١٠٩ ـ وقال ابو يوسف لا يعتق لان الكلام متصل ٠

فصل

الاستثناء من الكتاب

٥١١٠ ـ وقال أبو حنيفه لو اقر بدين وكتب به كتاباً ، وقال في آخره ، ومن قام بهذا الدين فهو ولي ما فيه ان شاء الله ان الكتاب يبطل جميعه ٠

٥١١١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد الاستثناء يرجع الى ما يليه خاصة ، وان الدين لازم له ٠

٥١١٢ ـ لان الكتاب كالكلمة الواحدة ، لان الإفادة تحصل بالفراغ منه ٠

فصل

فيما أعلم أو فيما أظن

٥١١٣ ـ ولو قال : لفلان على الف درهم فيما أعلم بالإقرار باطل عند أبي حنيفه ومحمد ٠

٥١١٤ ـ وقال أبو يوسف الإقرار جائز .

٥١١٥ ـ وإتفقوا على أنه لو قال فيما اظن أو فيما احسب ان الاقرار باطل.

فصـــــل

من درهم إلى عشرة

٥١١٦ ـ ولو قال لفلان علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة لزمة تسعه في قول أبي حنيفه .

٥١١٧ ـ وقال ابو يوسف يلزمه الجمع .

٥١١٨ ـ وقال زفر يلزمه ثمانية .

من عشرة دراهم إلى عشرة دنانير

٥١١٩ ـ وان قـــال من عشرة دراهم الى عشرة دنانير ، او ما بين عشـــرة دراهم الى عشرة دنانير فانه يلزمه عشرة دراهم وتسعة دنانير .

٥١٢٠ ـ والحنطة والشعير كذلك تلزمه الا قفيز حنطه يهبط من على الجنسين مقدماً كان او مؤخراً عند ابي حنيفة .

٥١٢١ ـ وعندهما يلزم الجميـــع .

٥١٢٢ ـ ولا يجب عليه عند زفر ، الغاية لا تدخل فى الكلام، وكذلك الإبتداء فتسقط الغاية والابتداء ، ويوجب ما بين ذلك .

٥١٢٣ ـ وكذلك قوله في الطلاق والعتاق .

فصــــل

ألف درهم بل مائة دينار

٥١٢٤ ـ ولو قال له علي الف درهم بل مــائة دينار لزمــه الجميــع عندنا بلا خلاف .

فصــــل

أقر بألف مؤجلة

٥١٢٥ ـ ولو قال : له على الف الى سنة فقال المقر له بل هي حالة ، فالقول قول المقر له مع يمينه في نفي الاجل لأنه اقر بالمال وادعى الأجل .

فصــــل

الإقرار بالكفالة مؤجلة

٥١٢٦ ـ ولو قال : كفلت له بالف درهم الى سنة فالقول قول الكفيل .

٥١٢٧ ـ ومن اصحابنا من قال القول قول المكفول له مثل الاول .

٥١٢٨ ـ وقال بعض الفقهاء : القول قول المقر مع يمينه أنه مؤجل لأنه لم يعترف بحق حال .

فصــــل

أنكرت الزواج ثم ادعت النكاح بعد موته

٥١٢٩ ولو انكرت امرأة ان رجلا تزوجها ثم مات فأدعت النكاح وصدقته ورثت منه بأجماع اصحابنا .

ادعى نكاحها بعد موتها

٥١٣٠ ـ ولو كانت المرأة هي التي اقرت وكذبها الرجـل ثم ماتت فأدعى النكاح لم يرث عند ابي حنيفة .

٥١٣١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يرث .

فصـــل

الإقرار بالولد إقرار بالزوجية

٥١٣٢ ـ ولو اقر رجل بولد ، ثم مات فحضرت امه وادعت انها زوجته فانها ترث ، واقراره بالولد اقــرار بالزوجية لأن امر المسلم يحمل على الصحة والسلامة ما امكن .

٥١٣٣ ـ وقال الشافعي لا تكون زوجته الا بالبينة او اقرار الرجــل بها ، وهو قــول زفر لأن الولد قد يكون ولداً من وطء شبهة وملك يمين فلا يكون ذلك اقراراً بالزوجة .

فصـــل

تصديق المقر في عدم القبض

٥١٣٤ ـ وان اقر لحمل امرأة بمال فهو على ثلاثة اوجه:

فى وجه يصح باجماع وهو ان يقول لحمل هذه المرأة عندى وصية او ميراث من جهة من يرثه فهذا يصح اجماعاً .

٥١٣٥ ـ والثاني ان يقول : اقرضني او باعني واخذت منه كلما فهذا لا يصح بالاجماع .

٥١٣٦ ـ والثالث : اذا اطلق القول والاقرار ولم يضفه الى شيء من ذلك ، قال ابو يوسف اقراره باطل ولا يلزمه شيء .

٥١٣٧ ـ وقال محمد يلزمه ما اقر به اذا خرج الولد حياً لأنه يمكن حمل قوله على الصحة .

فصل

أقر بقرض لم يقبضه

٥١٣٨ ـ والاقرار بالبيع والاجارة والعارية اذا قال لم اقبض فانه يصدق لان البيع يتم من غير قبض وكذلك قد يستعير ولا يسلم اليه .

فصل

أقر لحمل بمال

٥١٣٩ وان اقر بقرض وقال لم اقبض فالقياس ان يقبل قوله .

٥١٤٠ ـ والاستحسان ان لا يقبل ذلك ويلزمه المال ،

لأن القرض لايتم الا بالقرض فهو كالقبول في البيع ، وكذلك القياس والاستحسان في السلم ، والعلة فيه سواء .

فصل

بيع التلجئة

٥١٤١ ـ واذا اتفق رجلان على ان يبتاعا بيعاً على التلجئة اليه ، فتبايعا ولم يذكرا التلجئة في البيع فالحكم لما (١) اظهراه الا ان يتفقا على انهما قصدا التلجئة .

٥١٤٢ عند ابي حنيفة ان ماتقدم منهما قد اعرضا عنه فصار كأنهما لم يتفقا على شيء

---

(١) عبارة : فالحكم لما إقتضاها السياق فاضفناها

٥١٤٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد الحكم لما ابطناه (١) والبيع فاسد الا انيتفقا على انهما قصدا البيع ، لأن ماتقدم منهما يؤثر في الذي قصداه بعده.

فصـــــل

اختلاف الوكيل والموكل في الصفقة لمن؟

٥١٤٤ ـ واتفق اصحابنا على ان رجلا لو اقر بانه وكل وكيلا بشراء عبد له بعينه فقال الوكيل : اشتريت العبد لك .

وقال الموكل لم تشتر لي فان (كان) العبد فى يد الوكيل فالقول قوله مع يمينه ، ولا فرق بين ان يكون دفع الثمن اليه او لم يدفـــع لأنه اعترف بالاذن له فى الشراء ويريد ان يرجع عنه فلا يقبل .

فصـــــل

هلاك الشيء محل العقد الموكل به

٥١٤٥ ـ وان كان العبد قد هلك ، فان كان الموكل قد سلم اليه الثمن فالقول قول الوكيل لأنه أمين في ذلك ، وان كان الدفع للثمن لم يحصـــل فالقول قول الموكل لأن الاصل براءة الذمة ، والوكيـــل يريد ان يلزمه الثمن فهو المدعي ههنا .

فصـــــل

وكّله بشراء عبد بغير عينه

٥١٤٦ ولو كان وكله بشراء عبد بغير عينه فقال الوكيل اشتريت فان كان العبد هالكا فالقول قول الموكل لان العبد يدعى الضمان .

---

(١) فى النسختين : ابطلناه والصواب ما ذكرناه لسياق المعنى د

فصـــــل

العبد قائم

٥١٤٧ ـ وان كان الموكل دفع الثمن فالقول قــول الوكيل لانه امــين فيما دفع اليه .

فصـــــل

العبد قائم

٥١٤٨ وان كان العبد قائما في يديه واختلفا فقال الموكل اشتريته لنفسك ، وقال الوكيل انا اشتريته لك ، فان كان دفع الثمن فالقول قــول الوكيل لما بيناه ، وان كان لم يدفع الثمن فالقول قول الموكل عند ابي حنيفة لان الوكيل يدعي الثمن .

٥١٤٩ ـ وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الوكيل لانه اعترف له بالاذن .

فصـــــل

ادعت أنها أم ولد

٥١٥٠ ـ ولو ان امة في يدي رجل فقالت : انا ام ولد لفلان او معتقة له ، فصدقها المقر له وقال الذى هي في يديه انت امتى ، فالقــول قول الامة والمقر له عند ابى حنيفة ومحمد .

فصـــــل

ادعى أن أمه أم ولد

٥١٥١ ـ ولو كان مكان الأمة رجل فقال : انا ابن فلان وامي ام ولد له . وقال الذي هو في يديه انت عبدي وامك امتي ، فالقول قول الذي هو في يديه عند ابى حنيفة .

٥١٥٢ ـ وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المقر له لأنه لم يعترف برق .

فصـــــل

مجهولة النسب تزوجت ثم أقرت بالرق

٥١٥٣ ـ والمرأة المجهولة النسب اذا تزوجت رجلا ثم اقرت بالرق لآخر قبل اقرارها بالرق على نفسها ولا تصـدق (فى) ابطال النكاح ، وما ولدت قبل الاقرار فهم احرار ، وكذلك ما ولدت لأقل من ستة اشهر من يوم لاقرار .

٥١٥٤ ـ وما ولدت بعد ذلك فهم ارقاء عند ابى يوسف واحرار عند محمد لانها لا تصدق على رق الولد .

مسائل الكيس

٥١٥٥ ـ وفي كتاب الاقرار كل عجيب من المسائل نحـو مسائل الكيس والوصايا وغير ذلك ، وخلاف أصحابنا والمخالفين ، وذكر الجميع فلا يمكن مخافة طول الكتاب فمن مسائل الكيس في يدي رجلين فقال احـدهما الكيس بيني وبين فلان اثلاثا له الثلث ولى الثلثان ، وقال شريكه بل له النصف من الكيس ولى انا النصف ، فلا يخلو اما ان يكذبها ويدعى الكل ، او يصدقهما او يصدق احـدهما ، والقسمة مع تكذيبهما جميعاً أن يأخذ من المقر بالنصف خمس مافي يده ومن المقر بالثلث خمس ما فى يديه ، وهـذا قول محمد فى الجامع الكبير .

٥١٥٦ ـ وعن ابى يوسف انه يأخذ من المقر بالنصف نصف ما فى يديه ، ومن المقر بالثلث ثلث مافي يديه .

فصـــــل

٥١٥٧ ـ واذا صدق صاحب النصف اخذ الخمس من المقر بالثلث وضمه الى ما في يدي المقـــر بالنصف ، فيقسم ذلك بينهما نصفان وكذلك ان صدق صاحب الثلث خاصة اخذ الخمس من صاحب النصف وضمه الى ما بيد صاحب الثلث ، وقسم ذلك بينهما اثلاثا

٥١٥٨ ـ واذا قلنا انه لايمكن ذكر المسائل وكان المقر له تارة يستوفي ما اقر له به وتارة يصالح عنه وتارة يسقط بالابراء وجب ذكر الصلح عند ذلك .

كتاب الصلح

وهذا كتاب الصلح

جواز الصلح

٥١٥٩ ـ اعلم ان الصلح في الجملة جائز .

وقد ورد القرآن به في آية الشقاق (١) .

وقال الله تعـالى : والصلح خير .

وقال تعالى : وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما(٢)

وقد صالح النبي صلى الله عليه وسلم سهيل بن عمرو (٣) .

وفي رسالة عمر الى ابى موسى : والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً حرم حلالا او أحل حراماً .

---

(١) وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها (٥ م النساء ٤) .

(٢) وان امرأة خافت من بعلها نشـوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما، وان يصلحا بينهما ، والصلح خير (للنساء) ،

(٣) ارسلت قريش قبل اسلامها سهيل بن عمرو الى النبي عام الحديبيـة بعدما صدت رسول الله (ص) عن زيارة البيت سـنة ست للهجرة فكتب بينه وبينهم كتاب الصلح المشهور وقـد جاء في أوله هـذا

وقال لمعاوية : وعليك بالصلح بين المسلمين مالم يتبين لك فصل القضاء ،

وقال : ردوا الخصوم كي يصطلحوا .

فصل

ما يجوز الصلح عليه

٥١٦٠ - وهو يجوز على كل مال وعن كل حق أخذ العوض عليه من سائر الحقوق واتلاف الاموال والجنايات والقروض والمداينات .

فصل

أضرب الصلح

٥١٦١ - وهو عندنا على ثلاثة اضرب :

يكون تارة عن اقرار وتصديق .

والثاني عن سكوت لا اقرار معه .

والثالث يكون مع الانكار والجحود وهو جائز في الجملة عندنا في الاضرب الثلاثة .

وقال الشافعي : لايجوز مع الانكار

واتفق الفريقان ان الاجنبي اذا صالح عن المنكر انه يجوز وان كان الحق مالبث عليه .

= الصلح و هذا ماصالح محمد بن عبدالله سهيل بن عمرو الخ » (انظر هذا الكتاب في جمهرة رسائل العرب لأحمد زكي صفوة ج ٣ص٣٠-٣٢)

فصـــــل

تكييف الصلح على إقرار

٥١٦٢ ـ والصلح اذا وقع عن اقرار اعتبر فيه مايعتبر فى البياعات اذا وقعت فى المال بالمال ، لأن المدعي عليه يعطي عوضاً عما أقر به ، وهذا فى معنى البيع فوجب اعتبار البياعات .

وان وقع على منافع أو بمنافع اعتبر بالاجارات لأنه اخـذ المنفعة بالعوض ، او اخـذ العوض عن المنفعـة فيعتبر فى ذلك مايجوز فى الاجارات .

وبالجملة يجب ان يعتبر باقرب العقود اليه واقربها فى الصحة وحمل الأمر فى جانب على ما يجوز دون ما لا يجوز ، لأن أمر المسلم محمول على الصحة والسلامة .

فصـــــل

الصلح عن إنكار

٥١٦٣ ـ فاذا وقع على الانكار والسكوت فيكون مايبذله المدعي عليه عن الخصومة واسقاط اليمين ، وما يأخذه المدعي بمعنى المعاوضة عن حقه ، لانه يزعم انه محق في دعواه ، وان مايأخذه هو عوض عمـا يستحقه ، ولولا ذلك لما جاز له الاخذ ، فيعامل كل واحد بحسب مايعتقده ويدعيه ويبذله ، وغـير ممتنع ان تختلف العقود فى حق العاقدين كالاقالة هي فسخ بين المتعاقدين بيع في حق غيرهما .

فصـــــل

الصلح عن دار

٥١٦٤ ـ فاذا وقع الصلح عن دار لم تجب فيها الشفعة باتفاق من الجماعة اذا

كان الصلح عن انكار ، وان كان على اقرار وجبت الشفعة ، لأنها بمنزلة البيع ، لأن الذي في يديه الدار يزعم انه لم يملكها بالصلح وانما دفع المال افتداء ليمينه فلا يصدق عليه المدعي .

فصـــــل

الصلح بدار

٥١٦٥ ـ وان كان الصلح بدار اخذها المدعي وجبت فيها الشفعة ، لأنه يزعم انه ملكها بعوض ، فصار كما لو أقر بالشراء وجحد البائع البيع المشترى فانها تؤخذ بالشفعة .

فصـــــل

استحقاق المصالح عنه

٥١٦٦ ـ وان كان الصلح على اقرار فأستحق المصالح عنه او بعضه رجع في العوض كله ان كان استحق الكل وفي قدر ما استحق من البعض ، لأن حكم الصلح مع الاقرار حكم البيع .

فصـــــل

استحقاق المدعي في الصلح عن إنكار

٥١٦٧ ـ ولو كان الصلح عن انكار واستحق المدعى ، فان العوض يجب رده ، لأن المدعى عليه بذل المال عن دفع الخصومة واليمين عن نفسه ، ومع الاستحقاق تبين انه لا خصومة بينهما ولا عين عليه ، فيجب رد العوض ، لأنه اخذه عن غير شيء (١) .

---

(١) من تطبيقات الكسب دون سبب .

فصـــــل

٥١٦٨ ـ ولو كانت الدعوى طائفة من الدار أو نصفها فاستحق النصف منها لم يرد شيئاً من المـــال ، لانه لا يجوز ان يقـــول حقي مالم يستحق من ذلك .

فصـــــل

استحقاق ثلثي الدار

٥١٦٩ ـ ولو استحق ثلثا الدار رجع الدافع على المدفوع اليه بثلث العوض، لان ثلث ما ادعاه قد استحق وتبين انه أخذ عنه مالايستحقه (١) .

فصـــــل

٥١٧٠ ـ ولو كان المدعي قال : لك نصف الدار ولي في الباقي حق ، واستحق من الدار ثلثاها ، فانه يقال للمدعي : كم كان حقك من النصف ؟

فان قال : كان حقي الثلث من ذلك فانه يرجـــع عليـــه بنصف ما أخـــذه ، لانه يقول كان حقك النصف وحقي السدس والثلث للمستحق ، فلما استحق الثلثان فقد اخـــذ من حقك نصف سدس ومن حقي نصف سدس ، فرجع في نصف العوض .

فصـــــل

ألف إلى أجل

٥١٧١ ـ ولو كان له على رجل الف الى أجل فصالحه منها على مائة فهو جائز ويكون قد حط منه مازاد على ذلك .

---

(١) من تطبيقات مبدأ الكسب دون سبب .

فصـــل

الصلح عن الحدود

٥١٧٢ ـ ولا يجـوز الصلح عن الحـدود لان ذلك حق لله تعالى لا يصح الصلح عنه .

فصـــل

دعوى الرجل نكاح امرأة

٥١٧٣ ـ ودعوى الرجـل لكاح امرأة وهي تجحد فصالحته على مال حتى يدع جائز ، ويجعل ذلك كالخلع .

فصـــل

٥١٧٤ ـ ولو كانت هي التي ادعت ، والزوج ينـكر فصالحهـا على مال لم يجز ، لانه لايوجد من جهتها ما يأخـذ العوض عنه ، والرجـل لا يجب عليه عوض لاجل الفرقة .

فصـــل

الصلح عن دعوى العتق

٥١٧٥ ـ واذا ادعى العبد على مولاه العتق فأنكر ، فصالحه المولى عن دعواه لم يجز لأنه اذا اخذ العوض لم يملكه ، ووجب رده الى المولى (١) .

---

(١) في هذا المثال يتجلى مبدأ الكسب دون سبب وقاعدة الغرض من العقد

فصــــل

عكس ذلك

٥١٧٦ ـ ولو كان المولى هو المدعى عليه انه اعتقه على مال ، والعبد ينكر . فصالحه عن ذلك المال جاز ، ويصير كأنه اعتق على ذلك القدر ، وحط عنه مازاد ،

فصــــل

تكييف الصلح على الدين

٥١٧٧ ـ وكل شيء وقع الصلح عليه وهو المستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة ، وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه ، كمن له الف فصالح على خمسمائة أو له دراهم جياد فصالح على زيوف فانه يحمل على اسقاطه بعض حقه واسقاط حقه من الجودة . (١)

٥١٧٨ ـ ولو صالحــه على الف مؤجلة جاز وكأنه أخــر نفس الحق لأنه لا يصح حمله على المعاوضة (لأن بيع المعاوضــة بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير) (٢)

٥١٧٩ ـ ولو كانت الدراهم المدعاة مؤجلة فصالحه على خمسمائة دينار حالة لم يجز لأن الدين المؤجل لا يستحق تعجيله فيصير في حكم المعاوضة فلا يجوز بيع ذلك نسيئة .

---

(١) الهداية ١٩٧/٣ تحت عنوان باب الصلح في الدين .

(٢) مابين قوسين من الهداية ١٩٣/٣ تحت عنوان باب الصلح في الدين .

فصـــــل

ادعى دارا أنها كانت لابيه

٥١٨٠ ـ ولو ادعى داراً انها كانت لأبيـــه وانه مات وتركها ميراثاً لسائر الورثة فاقر له بها او انكر ذلك وصالحه منها على مال فليس لأحد الورثة ان يشـــركه فيا اخـــذ من ذلك لأنه صـــالح عن حقـــه لا حق الميت .

باب الصلح في الدين المشترك

فصـــل

ادعى ألفاً كانت لأبيه

٥١٨١ ـ ولو كان ادعى عليـــه الفا فصالحه عن ذلك على شيء ، كان الباقي الورثة ان يدخلوا فيما اخذ من ذلك .

٥١٨٢ ـ وكذلك الرجلان يكون لهما الف على رجـــل فصالح احـــدهما عن نصيبه بمال فلشريكه الخيار ان يأخذ منه نصف ماقبض(١) وان شاء ان يتبع الغريم بماله ، فان توى الدين رجع فيما اخذه الشريك لأن قسمة الدين في الذمة لا تجوز .

٥١٨٣ ـ وقال غيرنا ليس له ان يشاركه فيما يأخذ .
وحكى عن أبي يوسف مثله (٢) .

---

(١) الهداية (١٩٩/٣) قيد ذلك بقوله « الا ان يضمن له شريكه ربع الدين

(٢) حللت قاعدة الدين المشترك في الهداية على النحو الآتي :
« وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احـــدهما شيئاً منه ، فلصاحبـــه ان يشاركه في المقبوض ، لأنه ازداد بالقبض ، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ، وهذه الزيادة راجعه الى أصل الحق

فصـــــل

بطلان الصلح عن مال بمنفعة بموت إحدهما في المدة

٥١٨٤ ـ وان صالحه على سكن بيت او خدمة عبد أو ركوب دابة شهراً ، فمات المدعي أو المدعى عليه قبل ذلك بطل الصلح عند محمد ، وجعل ذلك بمنزلة الاجارة (١).

٥١٨٥ ـ وقال ابو يوسف اذا مات المدعى عليه لا يبطل الصلح ، وان مات المدعي فان كان على سـكن دار او خدمة عبـد لم يبطل الصلح ، ويبطل في ركوب الدابة .

فصـــــل

صالحه على خدمة عبد فقتل

٥١٨٦ ـ وان صالحه على خدمة عبد فمات العبد او قتله رجـل اجنبي او المدعي أو المدعى عليه بطل الصلح عنـد محمد ، وقال ابو يوسف ، اذا قتله اجنبي فالمدعي بالخيار ان شاء نقض الصلح ورجـع على

= فتصير كزيادةالولد والثمرة ، فله حق المشاركة ، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض ، لأن العين غير الدين حقيقة ، وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه ، حتى ينفذ تصرفه فيه ، ويضمن لشريكه حصته » .

(١) وردت هذه القاعدة في الهداية (٣/١٩٢) مطلقة من التفصيل الوارد في البنـد اللاحق عليها وقد جاء في المرجـع المذكور وان وقـع (الصلح) عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات ، فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة » .

دعواه ، وان شاء مضى على الصلح ، ويؤخذ من القاتل قيمة العبد فيشتري بها عبد آخر فيخدمه .

فصـــــل

صالحه على خدمة عبد فاجره

٥١٨٧ ـ ولو صالحه على خدمة عبد فأجره المدعي من المدعى عليه فالاجارة جائزة عند ابي يوسف ، سلك به مسلك التمليك .

٥١٨٨ ـ وقال محمد لايجوز كما في الاجارة .

فصـــــل

صالحه على الغنم بصوفها

٥١٨٩ ـ ولو ادعى غنما على رجل فصالحه في دعواه على الصوف الذي على ظهورها على ان يجزه في الحال ويسلمه ، جاز الصـــلح عنــد ابى يوسف ، ولم يجز عند محمد .

٥١٩٠ ـ واتفقا على انه لو صالحـــه على صوف على ظهـــر غنم اخرى لم يجز الصلح .

فصـــــل

تزوجها على الجراحة في جرح العمد

٥١٩١ ـ والمرأة اذا جرحت رجلا جراحة عمد فتزوجها على تلك الجراحة فقال : تزوجتك على الجراحـــة او الشجة او الضربة ، فان برأ من ذلك فأرش ذلك هو المهر في قـــولهم جميعاً ، وان مات فعند ابى

حنيفة لها مهر مثلها وعليها القصاص في القياس ، والاستحسان ان عليهاالدية فى ما لها ولها مهر مثلها ويتقاصان (١) .

٥١٩٢ ـ وعند ابى يوسف ومحمد صار كأنه تزوجها على القصاص فوقع العفو ولها مهر مثلها .

فصل

لو كانت الجناية خطأ

٥١٩٣ ـ ولو كانت الجناية خطأ ، ففي قول ابى حنيفة الدية على عاقلتها ولها عليه مهر مثلها .

٥١٩٤ ـ وفي قولهما كأنه تزوجها على الدية ، فان كان مهر مثلها عشرة آلاف سلم لها ذلك ، وسقط عن عاقلتها ، وان كان مهر مثلها الف درهم فان كانت تسعة آلاف تخرج من الثلث للزوج فذلك لها ويسقط عن العاقلة وان لم يخرج من الثلث فلها مقدار ما يخرج من الثلث ، ويؤخذ الباقي من العاقلة .

فصل

الصلح على عبد مغصوب

٥١٩٥ ـ واذا غصب رجل عبداً فصالحه مولاه على اكثر من قيمته جاز ، سواء كان ذلك العبد هالكا او باقياً عند ابى حنيفة .

٥١٩٦ ـ وقال ابو يوسف ومحمد : ان كان هالكا لايجوز على الزيادة .

٥١٩٧ ـ وهو قول الشافعي .

---

(١) المقاصة

٥١٩٨ ـ لأن العبد عند ابى حنيفة كان قائما في الذمة

فصـــــل

٥١٩٩ ـ واذا ادعى الوديعة او العارية او الرهن او البضاعـــة فقال : هلك ذلك او رددته عليك ثم صالح عن ذلك بطـــل الصلح عنـــد ابى يوسف ولم يبطل عند محمد .

٥٢٠٠ ـ وقيل ان قول ابى حنيفة مثل قول ابى يوسف لأنه قال في الاجير المشترك اذا صالح عن دعوى الضياع انه لايجوز ، فيجب ان يكون قوله مثل ذلك .

فصـــــل

الصلح على ثوب قيمته عشرة حالة

٥٢٠١ ـ ولو اتلف ثوباً قيمته عشـــرة حالة فصالحـــه على عشـــرة مؤجلة صح الصلح .

٥٢٠٢ ـ وقال الشافعي لايصح .

فصـــــل

الروشن على الطريق العام

٥٢٠٣ ـ وان اشرع روشنا (١) على طريق المسلمين فلكل أحد منعه وان لم يضر المارة .

٥٢٠٤ ـ وقالا والشافعي اذا لم يضر بأحد فليس لأحد منعه .

٥٢٠٥ ـ وجعل ذلك ابو حنيفة بمنزلة الدكة والبناء في هواء الغير والدرب المشترك

---

(١) الروشن فارسيـــة لم يتعرض لها شفاء الغليل لشهاب الدين الخفاجي بالذكر ، ولكنه ذكر لفظة قريبة منها وهي روزنة وقال : الكوة ، معرب . وفي قاموس آموز كار ان روزنة هي النافذة ، ولم يتعرض لها ايضا كتاب الالفاظ الفارسية المعربـــة للسيد ادى شير ولا المعرب للجواليقي ، وجاء في قاموس آموز كار مامفاده ان الروشن بالفتح هو الكوة والمنور .

فصـــــل

الجذوع والقمط

٥٢٠٦ ـ ورخص (١) عند ابى حنيفة بالجذوع على الحائط وبالتربيع ببناء احدهما وبوجه البناء ولا يرخص بالهراوي ولا بالقمط(٢) وقال ابو يوسف يرخص بالقمط.

النزاع على السقف

٥٢٠٧ ـ وصاحب السفل والعلو اذا تنازعا في السقف فهو لصاحب السفل لأنه على ملكه ، ولصاحبه العلو الانتفاع به .

٥٢٠٨ ـ وقال الشافعي هما سواء

فصـــــل

انهدام السفل والعلو

٥٢٠٩ ـ واذا انهدم السفل والعلو ، وامتنع صاحب السفل من البناء فانه لا يجبر على البناء .

٥٢١٠ ـ وقال الشافعي يجبر، ولكن يبنى صاحب العلو، ويمنع صاحب السفل من الانتفـــاع حـــتى يعطيـــه ما انفـــق في رواية ، وفى رواية اخرى القيمة .

فصـــــل

إجبار الشريك في النهر على الإنفاق

٥٢١١ ويجبر الشريك فى النهر والبئر على الانفاق .

---

(١) في النسختين : ويرجع .

(٢) الهراوي جمع هراوة وهي العصا الغليظة والقمط ماتشدبه الأخصاص (جمع خص اي البيت من القصب) (لسان العرب) .

٥٢١٢ ـ وقال الشافعي لا يجبر في أحد القولين .

فصـــــل

٥٢١٣ ـ وان انفق الشريك كان ديناً له على شريكه .

٥٢١٤ ـ وقال الشافعي هو متطوع بذلك .

فصـــــل

وضع خشبة على حائط الجار

٥٢١٥ ـ وليس للجار وضع خشبة على حائط جاره إلا باذنه .

٥٢١٦ ـ وقال مالك له ذلك .

وهو احد قوليه

٥٢١٧ ـ وكتاب الصلح فيه مسائل كثيرة ، وقد ذكرنا من ذلك ما يجوز ان يقع ، وإذ قد ذكرنا ذلك وكان الانسان يجــوز ان يبيع ماصالح عليه ويجوز ان يوقفه وجب ذكر الوقف .

كتاب الوقف

فصـــل

وهذا كتاب الوقف

عموم البلوى بالوقف

٥٢١٨ ـ اعلم ان الوقف من امهات الكتب والبلوى به عامة لكل حاكم ، وعامة الفقهاء وهو اكثر مايدور في البلاد .

فصـــل

تعريف

٥٢١٩ ـ وقد ترجم كتابه بانه ازالة ملك الى غير مالك ، من غير اتلاف . هذا معناه عند اصحابنا

٥٢٢٠ ـ وقيل انما سمي وقفاً لأن المالك وقف تصرفه فيه .

٥٢٢١ ـ وقيل انما سمي بذلك لأن الموقوف عليه لايتصرف في ذلك .

٥٢٢٢ ـ وبهذا سمي حبساً لأنه محبوس .

فصـــل

أنواع العقود من حيث المحل

٥٢٢٣ ـ والعقود على ضربين :

منها ما يقع على العين .

ومنها ما يقع على المنفعة .

٥٢٢٤ ـ وكل واحد من العقدين اعني ما يقع على الرقبة والمنفعة يتنوع :

فمنها ما يملك بنفس العقد وهو البيع والنكاح .

ومنها مايعتبر فيه معنى زائد على العقد ينظم الى العقد فمن ذلك الهبة يعتبر (فيها) القبض والأذن فيه مع العقد، وهو تسليم العين الى الموهوب له ، وفى المسجد الصلاة فيه ، وفى المقبرة الدفن وفى السقاية ان يتطهر منها الناس وفي الوقف حكم الحاكم ، او يخرجه فى مخرج الوصية بعد الموت ، وفي الوصية موت الموصى .

فهذه المعاني هي التي تعتبر في هذه العقود .

فصـــل

٥٢٢٥ ـ وذكر المتأخرون من اصحابنا ان الوقف قربة مندوب اليها ويستحب فعلها ، غير انه لا يزول ملكه عنه ، ويستحب له ان لا يرجع فيه ، وكذلك اذا مات ، المستحب لورثته ان لايرجعوا .

٥٢٢٦ ـ وحكى الطحاوي ان عند أبي حنيفة ان الوقف باطل (١) ، وحكى المخالفون عنه انه عنده مكروه .

٥٢٢٧ ـ ولو كان مكروهاً لما فعله النبي (ص) والأئمة بعده وسائر الناس ، في جميع الازمان يفعلونه من غير نكير ، ولان المقصود منه القربة فهو كسائر القرب .

فصـــــل

مصير الملك الموقوف

٥٢٢٨ ـ والوقف على ملك مالكه ، ولا يزول بمجرد القول ، ويورث عنه الا ان يحكم به حاكم او يخرجه مخرج الوصية .

٥٢٢٩ ـ وقال ابو يوسف يزول ملكه بنفس العقد .

٥٢٣٠ ـ وهو قول الشافعي .

٥٢٣١ ـ وقال محمد لايزول بنفس العقـــد حتى ينضم اليـــه قبض الموقوف عليه او الوالي .

٥٢٣٢ ـ وقد روى ابن عباس انه لما نزلت آية المواريث قال النبي عليه السلام لا حبس عن فرائض الله .

٥٢٣٣ ـ وقال شريخ : جاء محمد ببيع الحبس ، يعني دين محمد .

٥٢٣٤ ـ وهذا اخبار عن أمر محدد ، ولا يعلم ذلك الا توقيفاً ، ولأنه ازالة ملك لا الى مالك ، وليس باتلاف كما لو وهب لواحـــد من الناس فههنا اولى .

---

(١) في عبارة الطحاوي تفصيل فقد جاء في مختصره في حكاية قول ابي حنيفة في الوقف .

« ولا يجوز تحبيس الرجـــل داره ولا أرضـــه ولا وقفه لهما ، ولا صدقته لها ، وان جعل آخرها لله عز وجل ، في قول ابي حنيفة (ر) الا ان يكون فعـــل ذلك في مرضـــه الذي مات فيـــه فيخرج مخرج الوصايا ، ويجوز كما تجوز الوصايا . وقـــد روى ان محمد بن الحسن عن ابي حنيفة ان ذلك لايجوز منه في مرضه ، كما لايجوز منه في صحته ، وانه لايخرج مخرج الوصايا ، وهو الصحيح على اصوله (مختصر الطحاوي ص ٣٦ ـ ٣٧) .

فصـــل

٥٢٣٥ ـ وحكى عن ابى يوسف انه كان يقول ابي حنيفة حتى روى له خبر عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرجع عن ذلك (١) .

٥٢٣٦ ـ والخبر انه كان له ارض تدعى ثمغ بخيبر وكان فيها نخـــل نفيس

---

(١) ورد لابي يوسف في مختصر الطحاوي رأي واحد في الوقف ولم يرد فيه رجوع عن رأي .

وقد جاء في المختصر (ص١٣٧) .

« وقال ابو يوسف : اذا جعل حبساً كان ذلك باطلا الا يجعلها حبساً موقوفاً او حبساً صـــدقة ، فيكون ذلك جائزاً ، وتكون رقبتها لله عز وجل ومنافعها لمن اشترطها له ، وان انقضوا رجعت الى الله عز وجل ، فتكون مصروفة في وجوه القرب منه ، وسواء اخرجها من يده او لم يخرجها منها ، وسواء كانت في كامل او جزء شائع ، وسواء جعلها الواقف لها وقفاً على نفسه او على من سواه ، وقـــد اخذ الطحاوي بقول ابي يوسف .

ولم يشر السمناني الى قول محمد بن الحسن الشيباني وهو قريب من رأي ابي يوسف في الجملة ولا يختلف عنه الا في بعض التفصيـــلات ، وقد فصل قول الطحاوي في مختصره بقوله (ص١٣٧) : « وقال محمد في ذلك بقـــول ابي يوسف إلا انه قال : لا تجـــوز صدقة ولا الوقـــوف حتى يخرجها المتصدق بهـــا والواقف لها من يده الى يد سواها ، ولا يجوز الا في مقسوم »

فقال عمر يارسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس افأتصدق به ؟

فقال عليه السلام

ـ احبس اصلها وتصدق بثمرتها لا تباع ولا توهب ولا تورث ولكن تنفق ثمرته ، وشرط عمر رحمه الله تعالى فقال :

« هذا ماتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والاضياف والمساكين ولابن السبيل ولذي القربى ، ولا جناح على من وليه ان يأكل منه بالمعروف ويؤكل صديقاً غير متمول »

فصـــل

فقه الخبر المروى عن عمر

١٢٣٧ ـ وفي هذا الخبر وجوه من الفقه منها انه يدل على ان الصدقة بما هو انفس افضل ،

ومنها انه قال احبس الاصل وتصدق بالثمرة فيحتمل حبس الاصل عليك ويحتمل حبس الاصل على الجهة التي جعلت

ومنهاجوازالصدقةبالثمرهبعدوجودها ، ومنهاقوله لايباع ولايوهب ولا يورث فيحتمل للنهى ، ويحتمل فعل ذلك على نية ان لا تبيع ذلك لانه لا يجوز بيعه ،

ومنها ان الجهة التي صرف اليها عمر الصدقة لم يعينها النبي (ص) لان ذلك يقف على اختيار عمر وايثاره .

ومنها ان الجهات التى صرف اليها عمر الصدقة هي جهات يتقرب بها الى الله تعالى .

ومنها ان قوله : وللذي القربى يحتمل قــرابة النبي (ص) ويحتمل ان يكون قرابة نفسه ، والاظهر انه اراد قرابته .

ومنها انه يجوز ان يشرط لمن وليها ان يأكل منها .

ومنها انه لا يجوز ان يأكل بغير اذن فى ذلك .

ومنها انه يجوز ان يأكل ولا يتمول حتى لايملك ذلك عليه .

فصــــل

زوال الملك بحكم الحاكم

٥٢٣٨ ـ واذا حكم الحاكم بصحته زال الملك لان ذلك مختلف فيه ، وحكم الحاكم يقطع الخلاف ويزيل وجوه الاجتهاد ، واذا حكم نفــذ لانه موضع اجتهاد .

فصــــل

إخراج الوقف مخرج الوصية

٥٢٣٩ ـ واذا اخرج ذلك مخرج الوصايا فانه يصح ايضاً لان موته يوجب ازالة املاكه عن جميع ماله ، وبالوصية يمنع ان يدخــل ذلك فى ملك الورثة ، وهو يملك ذلك كالوصية بالثلث .

فصــــل

الوقف في حال المرض

٥٢٤٠ ـ وقد روى عن ابى حنيفة في وقفه فى حال مرضه روايتان :

احداهما انه يصح لانه ينزل بمنزلةالوصية ، والثانية ان المعنى الذي لا يصح لاجله حال صحته هو انه يزول ملكه بمجرد قولهوقفت ، وهو موجود ههنا .

٥٢٤١ ـ ومن اصحابنا من قال هذا هو الصحيح من الرواية .

فصــــل

تصدقه في حياته وصحته

٥٢٤٢ ـ واذا تصدق في حياته وصحته كان ذلك في جميع ماله ، لانهيتبرع في صحته كسائر التبرعات .

فصــــل

تصدقه في مرضه

٥٢٤٣ ـ واذا تصدق به في مرضه اعتبر من ثلثه لان تصرف المريض يعتبر من الثلث .

فصــــل

إخراج الوقف مخرج الوصايا

٥٢٤٤ ـ وكذلك اذا اخرجه مخرج الوصايا بأن يقول :

اذا مت فهو وقف فانه يخرج ايضاً من الثلث كسائر الوصايا .

فصــــل

إخراج الموقوف من يده

٥٢٤٥ ـ وقال اصحابنا : واذا جعل الرجل في صحته ارضاً مقسومة صدقة

على الفقراء والمساكين ، واخرجها من يده الى يد قيم يقوم عليها وينفق عليها ، في شربها واصلاح مجاريها ومزارعها ، ويدفع من غلتها ما تحتاج اليه لنوائبها ، ويقسم الباقي بعد ذلك كل سنة في الفقراء والمساكين فهذه صدقة جائزة ، وليس له ان يرجع فيها ، لان الصدقة قد اعتاض عنها الثواب فهي كالهبة اذا اعتاض عنها ، وهذا لا خلاف فيه .

فصـــل

وقف نصف أرضه مشاعاً

٥٢٤٦ ـ فان وقف نصفها مشاعاً لم يصح الوقف عند محمد .

٥٢٤٧ ـ وقال ابو يوسف يجوز وقف المشاع كما يجوز المقسوم .

٥٢٤٨ ـ لأنه ازالة ملكه لا الى مالك فاشبه العتق .

٥٢٤٩ ـ وهو قول الشافعي .

٥٢٥٠ ـ ومحمد يقول يتبرع في حال الحياة من غير اتلاف كالهبة .

فصـــل

إتخاذ مقبرة

٥٢٥١ ـ واذا جعل أرضه مقبرة واذن في الدفن فيها فمتى دفن فيها واحد لم يكن له الرجوع لان الدفن كالقبض في الهبة .

٥٢٥٢ ـ والفرق بين هذا وقبض المتولي في الوقف انه لا يزول ولا يمنع الرجوع لان المتولي يقوم مقام الواقف ، فهو كالوكيل بدفع ذلك

اليه ، وههنا اليد المسلمين ، وهي قائمة مقام يد الله في القبض •

فصـــــل

إتخاذ الخان

٥٢٥٣ ـ واذا جعل داره خاناً لمارة المسلمين فاذا نزل له أحد زال ملكه ، ولا سبيل له بعد ذلك اليها كما قلنا في المقبرة .

٥٢٥٤ ـ وان مات لم يورث ذلك عنه ،

٥٢٥٥ ـ وقـــد روى بعض اصحابنا في ذلك عن ابى يوسف روايتين احداهما هذه ، وهو قول محمد .

٥٢٥٥ ـ والثانية انه لا يجوز لان القياس ان لا يجوز الوقف ، وانما ترك ذلك لخبر عمر رضى الله عنه ، وذلك وارد في الثمرة فما سواها باق على القياس ، وقياس الادلة على الثمرة لانه نوع منفعة .

فصـــــل

دور مكة

٥٢٥٦ ـ ودور مكة اذا جعلها لمن يمر من الحاج فانه ليس له بعـــد ذلك الرجوع فيها لان عند ابي حنيفة لا يصح وقفها ، وهي غير مملوكة وعندهما تملك ويصح الوقف فلا يرجع فيه •

فصـــــل

حفر البئر وتصدق بها

٥٢٥٧ ـ ولو حفر بئراً وجعلها صدقة فله ان يشرب منها ويتوضأ ويصـــلي

فى المسجد ويدفن في المقبرة لا لانه مالك ، ولكن لانه واحـد من المسلمين .

فصــــل
استحقاق بعض الموقوف مشاعاً

٥٢٥٨ ـ ولو وقف أرضا فاستحق بعضها مشاعاً بطل الوقف في الجميع ، ورجع الباقي اليه فى حياته ، والى ورثته بعد وفاته .

٥٢٥٩ ـ فاما ابو حنيفة فيقول : لايصح وقف المشاع ، وان حكم بـه حاكم لانه مختلف فيه مع الاشاعة ، وقد كان له ان يرجع فيه مع الاشاعة وقد كان له ان يرجع فيه قبل ذلك .

٥٢٦٠ ـ وعلى قول ابي يوسف والشافعي لايبطل ، لان القدر الذي استحق لم يدخل فى الوقف ، وما بقي فيجوز وقفه ابتداء .

٥٢٦١ ـ ومحمد لايجيزه ابتداء فلا يجوز فى حالة البقاء .

فصــــل
استحقاق بعض المسجد

٥٢٦٢ ـ واتفق الفريقان انه لو استحق بعض المسجد انه يبطل لانه لايصح كونه مسجداً مع تعلق حق الغير به .

٥٢٦٣ ـ وان استحق بعضه معينا فانه لايبطل لأن الباقي يجوز فيه الوقف ، وكذلك حالة البقاء .

فصـــل

أرض لرجلين تصدقا بها

٥٢٦٤ ـ والارض اذا كانت لرجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة فهو جائز اذا دفعا ذلك الى ولي يقوم بها ، لأن مثله في الصدقة المملوكة يجوز كذلك لو وقف .

٥٢٦٥ ـ ولو تصدقا بها على رجلين صدقة واحدة لاحدهما بعينه نصيب هذا المتصدق خاصة وللآخر نصيب الآخر فهو باطل لأن الاشاعة وجدت من الطرفين والاصل عند محمد فى هذا الباب ان يعتبر الوقف بالصدقة فكل شركة تجوز في الصدقة فانها تجوز في الوقف ، فالشركة اذا كانت في الطرفين جميعا لم تجز .

٥٢٦٦ ـ ولو تصدق كل واحد بنصيبه عليهما وقبضاه فهو جائز لأن الشركة حصلت في احد الطرفين لأن كل واحد تصدق على اثنين .

٥٢٦٧ ـ ولو تصدقا بها على رجل واحد فوكل المتصدق عليه رجلين بقبضهما فقبضاها له جاز ، وان كان القابض اثنين لان القبض لواحد ، وهو كما لو قبض بنفسه .

فصـــل

٥٢٦٨ ـ ولو تصدقا بها صدقة موقوفة احدهما على ولده وولد ولده ابداً ماتناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين ، وجعل الآخر نصيبه على اخوته واهل بيته ، فاذا انقرضوا كانت غلتها في الحج يحج بها عنه في كل سنة وسلماها الى رجل واحد فان ذلك جائز ،

لأن المقصود من الوقف هولله تعالى فلايعتبر فيه اختلاف الجهات فصار ذلك كالجهة الواحدة .

فصـــــل

شرط تقديم نفقة العمارة والخراج . . إلخ

٥٢٦٩ ـ واذا اشترط في الوقف ان يبدأ الناظر بعمارته وتأدية الخراج والعشر واصلاح الانهار والدواليب ويصرب الباقي الى ولـــده فهو جائز ولاخلاف في ذلك .

فصـــــل

موت العم في حياة الواقف

٥٢٧٠ ـ واذا مات القيم عليه في حياة الواقف ، فالأمر الى الواقف ، يقيم فيه من احب لأن هذا وقف من جهته ، وله ان يجعل الى من شاء .

فصـــــل

موت القيم بعد الواقف

٥٢٧١ ـ وان مات بعده ولم يوص الى أحد فالأمر الى القاضي ، لأنه لما مات فقد عجز عن تصرفه ، فيكون ذلك الى القاضي ، كسائر تصرفات الميت ،من تنفيذ وصاياه وقضاء ديونه .

فصـــــل

من يعين القيم من الأجانب

٥٢٧٢ ـ ولايجعل القيم من الاجانب ما وجد من ولد الواقف واهل بيته من

يصلح لذلك لأن هؤلاء اشفق وارقب في حفظه .

٥٢٧٣ ـ وان لم يجد فيهم من يصلح له فجعله الى اجنبي جاز ، لأن ذلك حال الضرورة لأنه لابد من قيم يقوم به .

٥٢٧٤ ـ وان حصل فيهم من يصلح له صرف ذلك اليه ، لأنه لو كان موجوداً في الابتداء كان احق بذلك ، فاذا صار في الباقي فهو احق .

فصـــــل

حيلة شرعية للاحتياط من درك الوقف

٥٢٧٥ ـ ومن اراد الاحتياط لوقفه والأمن في المستقبل من درك ، ان يشترط في كتاب الوقف انه متى ابطله قاض او غيره بوجه من وجوه الابطال ، فهذه الارض بأصلها وجميع ما فيها وصية من مال فلان الواقف تباع فيتصدق بثمنها على كذا وكذا ، لأنه اذا ابطل ذلك احتاج الى ان يتصدق بثمنها فلا يكون فائدة في فسخ الوقف .

فصـــــل

الوقف على تجهيز المجاهدين

٥٢٧٦ ـ ويجوز ان يوقف على تجهيز الرجال والسلاح والكراع والنفقات في سبيل الله تعالى لان كل هذه الجهات قربة .

فصـــــل

حيلة أخرى في التوثيق للوقف

٥٢٧٧ ـ ووجه آخر في التوثق من ابطاله ان يتصدق به ، لم يخاصم فيه القيم

الى قاض يرى اجازته ، ويطلب منه اجازته فيأخذ منه القيم كتاب قضية باجازته ويشهد الشهود على القاضي بقضائه ، فينقطع الخلاف وليس لحاكم آخـر ان يفسخه ، ويكون الكتاب هـو الحجة على كل حاكم .

فصـــل

وقف الضيعة بمماليكها

٥٢٧٨ ـ وان كان فى الضيعة مماليك يعملون بايديهم فوقفها ومـن فيها ، وسماهم فى كتاب الوقف جـاز ذلك عـلى طريق البيـع لما يصح وقفه .

فصـــل

الاستبدال بمماليك الوقف

٥٢٧٩ ـ وللمتولى ان يستبدل بهم اذا اراد لأن الغلام يهرم والبقر يهرم فلا يمكن الانتفاع بـه فجاز ان يستبدل بغـيره كبواري المسجـد اذا خلقت .

فصـــل

وقف على أمهات أولاده

٥٢٨٠ ـ واذا وقفها على امهات اولاده فى حال وقفه ، وعلى من يحدث منهن بعد ذلك ، وسمى لكل واحدة منهن سهما في حياته وبعد وفاته مالم يتزوجن فهو جائز لأنهم قوم معينون فيجوز الوقف ، ويجوز على

من يحدث ، لأن الوقف يجوز تعليقه بالشرط كما وقف على اولاده واولاداولاده ماتناسلوا كذلك هذا .

فصـــــل

جعل الرأي للقيم في توزيع الغلة

٥٢٨١ ـ وأذا جعل الرأى فى توزيع الغلة الى القيم على الوقف جاز ، وله ان يفضل ويسوى ، لأن اصل الحق يجـوز ان يقف على شرطـه ، فكذلك القدر .

فصـــــل

العمل بشرط الواقف

٥٢٨٢ ـ وجملة الحال : انك تعمل على ماشرط الواقف وتلفظ به في القدر والموقوف عليه .

فصـــــل

٥٢٨٣ ـ واختلف فى جواز الوقف المنقطع فقال محمد: لايجوز حـتى يكون عـلى صفة يعلم انها لاتنقطع ولاتبطل، وهـو ان يجعل آخره للفقراء والمساكين .

٥٢٨٤ ـ وقال ابو يوسف يجوز كما تجوز الصدقة (١) .

---

(١) بقول ابى يوسف اخذ الطحاوي فى مختصره (ص ١٣٧)

فصــــل

جواز وقف العقار إجماعاً

٥٢٨٥ ـ ويجوز وقف العقار ، الدور والاراضي والحوانيت اجماعاً .

فصــــل

وقف الحيوان والمنقول

٥٢٨٦ ـ واختلف في وقف الحيوان والمنقول : فقال محمد لايجوز .

٥٢٨٧ وقال ابو يوسف يجوز .

٥٢٨٨ ـ وهو قول الشافعي لأنه لايتأبد فصار كالوقف المنقطع .

فصــــل

وقف الدراهم والدنانير

٥٢٨٩ ـ واختلف اصحاب الشافعي في وقف الدراهم والدنانير فــن اجاز اجارتها اجاز وقفها ، ومن لم يجز اجارتها لم يجز وقفها .

وقف الكلب

٥٢٩٠ ـ واختلفوا في وقف الكلب فاجاز وقفه بعضهم ولم يجزه البعض لأنه لايملك .

وقف أم الولد

٥٢٩١ ـ واختلفوا فى ام الولد فنهم من اجاز وقفها لانه ينتفع بها ومنهم من قال لا يجوز لانها لاتملك .

فصـــــل

وقف عهد بغير عينه

٥٢٩٢ ـ واتفق الفريقان على انه لو وقف عبداً بغير عينه او فرساً غير معين ان الوقف لايصح لانه ازالة ملك فصار كالعتق .

فصـــــل

خروج الوقف الصحيح من ملك الواقف

٥٢٩٣ ـ والوقف اذا صح خرج مـن ملك الواقف ولم يـدخل في ملك الموقوف عليه .

٥٢٩٤ ـ ومن اصحاب الشافعي من قال يدخل في ملك الموقوف عليه .

٥٢٩٥ ـ لانه لو جاز الانتقال لم يصح وقفه كسائر الاموال .

٥٢٩٦ ـ ولاخلاف انه يجوز ان يجعله سنة لزيد واخرى لعمرو واخرى لبكر ، ونقل الملك لايقبل الشروط ، ولأن الملك لو انتقل لم يكن للواقف ثواب لأنه لاملك له فيه ولا صنع .

فصـــــل

قسمة المشاع الموقوف

٥٢٩٧ ـ واذا وقف المشاع فللشريك ان يطلب القسمه على قول ابي يوسف واذا قسم صحت القسمة .

٥٢٩٨ ـ وهو قول الشافعي .

فصـــــل

شرط الواقف لنفسه بيع الوقف

٥٢٩٩ ـ واذا شرط الواقف لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ماهو افضل جاز ذلك عند ابي يوسف ، لان عليا رضى الله عنه جعل فى شرط وقفه ان الحسن و الحسين رضي الله عنهما اذا احتاجا الى بيعـــه ان يبيعوا ذلك .

فصـــــل

البداية بعمارة الوقف

٥٣٠٠ ـ وعمارة الوقف يجب البداية بها ، وان لم يشرط ذلك الواقف ،لأن لأن الغلة هي المقصودة .

فصـــــل

شرط الغلة لنفسه

٥٣٠١ ـ وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه ، او جعل الولاية اليه جازعند ابي يوسف ، وقال محمد لايجوز .

٥٣٠٢ ـ وهو قول الشافعي .

٥٣٠٣ ـ لأن عمر وليهبلسفه وشرط لمن وليهان يأ كل وقاس ذلك على المسجد والسقاية انه ينتفع بذلك .

فصـــــل

خراب المسجد بما حوله

٥٣٠٤ ـ والمسجد اذا ضرب بما حوله واستغنى عن الصلاة فيه ، فانه يعود

الى مالكه ان كان حياً ، والى ورثته ان كان ميتاً عند محمد .

٥٣٠٥ ـ وقيل انه قول ابي حنيفة .

٥٣٠٦ ـ وقال ابو يوسف لايعود ابداً الى ملكه .

٥٣٠٧ ـ لأنه وجه القربة بطل فصار كالميت اذا اكله السبع رجع الكفن الى المالك كذا هذا .

فصـــــل

على ولده وولد ولده وذريته

٥٣٠٨ ـ واذا وقف على ولده وولد ولده وذريته دخل ولدالبنات ، قال ابو يوسف وهو قياس قول ابي حنيفة .

٥٣٠٩ ـ وقال محمد لايدخلون ، وهو قول مالك .

٥٣١٠ ـ لأنهم ليسوا بولد له انما هم اولاد الاجانب .

فصـــــل

لا وقف إلا على بر معروف

٥٣١١ ـ وقال اصحاب الشافعي لايصح الوقف الا على بر معروف، كالمساجد والقناطر والفقراء والاقارب ، فان وقف على مالاقربة فيه كالبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل ، وعلى من يقطع الطريق اويرتد عن الدين لم يصح الوقف ، لأن المقصود به القربة .

٥٣١٢ ـ وان وقف على زمن جاز لأنـــه موضــع للقربـــة ، لأنه تجوز الصدقة (عليه) .

٥٣١٣ ـ ولهم في الوقف على المرتد والحربـــي وجهان :
احدهما يجوز كالذمى والثاني لايجوز لأنه مأمور بقتلهما :

فصـــــل

٥٣١٤ ـ وان وقف على دابة رجل ففيه وجهان احدهما لايجوز لأنمؤونتها على مالكها :

٥٣١٥ ـ والثاني يجوز لأنه كالوقف على مالكها .

فصـــــل

٥٣١٦ ـ ولايصح الوقف على من لايملك كالعبد والبهيمة لانه تمليك منجز فلم يصح كالهبة والصدقة (١)

فصـــــل

تعليق الوقف

٥٣١٧ ـ ولايصح تعليقه على شرط مستقبل ولا على مجهول من الناس كالبيع.

فصـــــل

الإضافة إلى مدة

٥٣١٨ ـ ولا يجوز الى مـــدة كالصدقة والعتـــق ، هـــذا كله قـــول اصحاب الشافعي .

---

(١) في هامش نسخة (ق) تعليق لاحد قراء النسخة بتوقيع لايقرأوعبارة هـــذا التعليق « يصح عندنا الوقف على العبد ويملكه مولاه ، فهذا داخل في قول اصحاب الشافعي » .

٥٣١٩ ـ وقد اختلف اصحابنا في الوقف على البيع والكنائس فمنهم من اجازه ومنهم من منعه .

فصـــــل

ألفاظ الوقف

٥٣٢٠ ـ والالفاظ المستعملة في الوقف : وقفت وحبست وسبلت وتصدقت وأبدت وحرمت .

فصـــــل

اختلاف أرباب الوقف في السهام

٥٣٢١ ـ واذا اختلف ارباب الوقف في السهام ولا بينـــة ، قسم على الجميع لانهم تساووا في الدعوى ، وان كان الواقف حيا رجع الى قوله لانه يستفاد من جهته .

٥٣٢٢ ـ وأن اقام احدهم بينة فهي أولى ، وتقدم في ذلك .

٥٣٢٣ ـ وفي كتاب الوقف مسائل كثيرة ، وذكر الجميع غـــير ممكن ، وفي الذى ذكرت جملة مقنعة في معرفة الجملة ، ولما كان الوقف الباهو على الشركاء وكان يجوز ان يختلفوا ويطلب كل واحد حقه على سبيل المهاياة او يطلب الشريك في المشاع قسمته وجب ان نذكرهھنا كتاب القسمة .

كتاب القسمة

وهذا كتاب القسمة[1]

تولى الحاكم القسمة

٥٣٢٤ ـ اعلم بان القسمة من الامور العامة الوجود ، وتثبت بين الصغير والكبير والحاضر والغائب ، وهي من الابواب التي يتولاها الحاكم ويفعلها بنفسه تارة وبأعوانه اخرى .

ولها شعب وتفاصيل .

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة قسم :

القسم مصدر قسم الشيء يقسمه قسماً فانقسم ، والموضع مقسم مثال مجلس .

وقسمه جزأه ، وهي القسمة .

والقسم بالكسر النصيب والحظ والجمع اقسام ، وهو القسيم والجمع اقسماء واقاسيم الاخيرة جمع الجمع ، ويقال هذا قسمك وهذاقسمي والاقاسيم الحظوظ المقسومة بين العباد والواحدة اقسومة مثل اظفور واظافير .

وقيل الاقاسيم جمع الاقسام ، والاقسام جمع القسم .

الجوهري : القسم بالكسر : الحظ والنصيب من الخير . . وقوله عز وجل « فالمقسمات أمراً » هي الملائكة تقسم ماوكلت به .

فصــــل
تكيف القسمة

٥٣٢٥ ـ واختلف فيها هل هي افراز حق أوبيع ، فنهم من قال هي بيـع حصته فيا سلم بما أخذ .

٥٣٢٦ ـ ولو كانت بيعاً لوجبت فيها الشفعة ولو كانت افراز حق لما جاز لاحدهما ان يأخذ زيادة عن حقه وقدره .

٥٣٢٧ ـ ومن الناس من قال هي فى المكيــل والموزون افــراز حق ، وفي العقار بيــع .

٥٣٢٨ ـ ومنهم من قال لها شبه بالبيع ، وليست ببيـع في الحقيقة ولا افراز حق ، ولكن لها حكما بين حكمين وشبهاً بالاصلين .

فصــــل
القاسم

٥٣٢٩ ـ وقد كان لكل امام قاسم وكذلك لكل حاكم .

فصــــل
الآثار المروية في القسمة

٥٣٣٠ ـ وقد روى محمد فى الاصل عن ابى يوسف عن يحي بن سعيد (١) .

---

(١) هو يحيي بن سعيد بن قيس بن ثعلبة الانصاري البخاري ابو سعيد المـدني القاضى ، روى عن الس وابن المسيب والقاسم وعراك بن مالك وخلق وعنه الزهرى والاوزاعي ومالك والسفيانان والحمادان والجريران وامم ، روى له الستة ، مات سنة ١٤٣ هـ .

عن بشير بن يسار عن رسول الله (ص) انه قسم خيبر على ستة وثلاثين سهماجمع ثمانية عشر سهماللمسلمين وسهم رسول الله(ص) معهم وثمانية عشر سهما منها ارزاق ازواج النبي (ص) ونوائبه (وما ينزل به) (١).

٥٢٣١ ـ وكان عبدالله بن يحي الكندي يقسم لعلي الدور والارضين ويأخذ على ذلك.

٥٢٣٢ ـ وذكر عن علي رضى الله عنه انه عزل شريحاً عن القضاء ثم اعاده ورزقه خمسمائة في الشهر (٢).

٥٢٣٣ ـ وذكر عن محمد بن اسحق والكلبي قالا :

قسم رسول الله (ص) خيبر على ثمانية عشر سهما جمع(٣) وكانت الرجال الفا واربعمائة ، وكانت الخيل مائتي فارس فكان على كل مائة رجل (فارس) وكان علي بن ابي طالب على مائة وكان عبيد السهام على مائة وكان عاصم بن عدي على مائة وكان الزبرقان على مائه وكان طلحة على مائة ، وكان عبدالرحمن بن عوف على مائة ، فكان سهم رسول الله (ص) مع سهم عاصم بن عدي ، وكانت المغانم في الشق ونطاة وكان الشق ثلاثة عشر سهما ، وكانت نطاة خمسة اسهم ، وكانت الكتيبة فيها خمس الله تعالى وطعام ازواج رسول الله (ص) وعطاياه وكان اذا اسهم خرج من الشق سهم عاصم وفيه سهم رسول الله (ص) ثم سهم علي بن ابي طالب ثم سهم عبدالرحمن بن عوف ثم سهم طلحة ثم سهم ساعدة ثم

---

(١) الزيادة من الطبقات الكبرى لأبن سعد (٦/٩٥) (٢) ايضا .

(٣) في الطبقات الكبرى لأبن سعد (١/٢ ص٨٢) « جمع كل سهم مائة سهم » .

سهم النجار ثم سهم حارثـة ثم سهم اسلم ثم سهم سلمة ثم سهم اجره ثم سهم اويس وكان اول سهم يخرج بنطاة سهم الزبير ثم سهم بياضة ثم سهم اسيد ثم سهم الحرث ثم سهم ناعم وفيه قيل محمود بن مسلمة .

٥٢٣٤ ـ وذكر عن النبي (ص) ان رجلا اعتق ستة اعبد عند الموت ولا مال له غـيرهم فاقرع رسول الله (ص) بينهم فاعتق اثنـين منهم ورد اربعة (١) .

٥٢٣٥ ـ وذكر عن عمر انه قال : ماأحب ان يأخذ قاضي المسلمين عـلى القضاء اجراً ولا الذى على المغانم ولا على المقاسم ، وذكر في الاصل آثاراً سوى ماذكرنا .

٥٢٣٦ ـ وقد روي صديق بن موسى عن النبي (ص) انه قال لا تعضيد الا فيما احتمل القسم (٢) .

---

(١) انظر سبل السلام ١٤٣/٢ .

(٢) جاء في تاج العروس : العضـد بفتح فسكون من الطريق الناحيـة كالعضادة بالكسر واعضاد البيت نواحيه (واعضاد الحوض والطريق وغيره ما يشد) بالبناء للمعلوم والمجهول وبالسين المهملة والمعجمة (حواليه من البناء) الواحد عضد : وعضد البناء كالصفائح المنصوبة حـول شفير الحوض . وفى لسان العرب عضد البناء وغيره وعضده واعضاده ما شد من حواليه كالصفائح المنصوبة حول شفير الحوض، وعضد الحوض من ازائه الى مؤخره ، وازاؤه مصب الماء فيـه ، وقيل عضده جانباه . واعضاد المزارع حدودها ، وهي الحدود التي تكون فيما بين الجار والجار كالجدران في الارضين .

فصـــــل

٥٣٣٧ ـ قال اصحابنا : ولايقسم الا ما احتمل القسمة ؛

٥٣٣٨ ـ وعن الشعبي انه قال : اقسم ولو كانت آجرة ، ذكره في الاصل .

فصـــــل

جعل القاسم ورزقه

٥٣٣٩ ـ وينبغي للقاضي ان يجعل للناس قاسماً ويرزقه من بيت المال لتخف المؤونة على المسلمين .

فصـــــل

٥٣٤٠ ـ فلو اخذ الأجرة من الناس جاز ذلك لأنه عمل .

٥٣٤١ ـ وأحب الينا ان لايأخذ القاضي رزقاً على القضاء ، وان اخذذلك فهو جائز وليس باجرة ، وقد مضى في اول الكتاب مافي هذا الفصل ؛

فصـــــل

الإجبار على القسمة

٥٣٤٢ ـ واذا كانت الدار بين قـــوم فاراد قسمتها وابى الآخرون فالهم يجـــبرون على القسمة فان شاؤا اقتسموا السلعة بالذرع واقتسموا البيوت والابنيـــة بالقيمة ، وان شاؤا اقتسموا الجميع بالقيمـــة ، كل ذلك جائز .

فصـــــل

٥٣٤٣ ـ واذا اقتسموا فليفصل من ذلك ماكان فاصلا بقدره ولينصب للدار صورة تقع القسمة عليها .

فصـــل

٥٣٤٤ ـ وان كان بعضهم لاينتفع بما يأخـذ لقلة وابى القسمة فان الدار تقسم ولايترك هـذا ينتفـع بحـق صاحب النصيب الكثـير عند اصحابنا (١)

٥٣٤٥ ـ وقال ابن ابي ليلى لايقسم .

فصـــل

٥٣٤٦ ـ ولو كان كل واحد لاينتفع بما يأخذلم يقسم حتى يتفقا لأنه قال عليه السلام لاتعضيد الافيا يحتمل القسمة .

٥٣٤٧ ـ وان تفاصلوا بالدراهم جاز لانها تعدل السهام ، وتوفى الحقوق .

فصـــل
الإقرار بكونها ميراثاً

٥٣٤٨ ـ ولو أقروا انها في ايديهم ميراث قال ابو حنيفة لااقسم حتى يقيموا البينة على وفاة والدهم ، وملكه لها ، وعدد الورثة ؛

٥٣٤٩ ـ وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وغيرهم يقسم ذلك على اقرارهم .

فصـــل
عزل حق الغائب

٥٣٥٠ ـ ولو كان فيهم غائب وطلب القسمة اثنان فصاعداً وحق الغائب في يد الحضور قسمت كأنها فى أيديهم جميعاً وعزل حق الغائب .

---

(١) كذلك ايضا في مختصر الطحاوي (ص ٤٩١) ؛

فصــــل

حق الغائب وديعة

٥٣٥١ ـ ولو كان حق الغائب في يد انسان وديعة لم يقسم .

فصــــل

اتفقوا على أنها في أيديهم بشراء

٥٣٥٢ ـ واتفق الفريقان على انها لو كانت في ايديهم بشراء قسمت على الجميع لأن الشراء حق الحي وليس يجب حياطته ، والميت بخلاف ذلك .

فصــــل

أقروا بالشراء وفيهم غائب

٥٣٥٣ ـ واتفق الفريقان أنهم لو كان فيهم غائب وقد اقروا بالشراء انها لاتقسم لجواز ان يكذبهم فيما قالوا .

فصــــل

طلب القسمة والباقون غيب

٥٣٥٤ ـ ولو حضر واحد يطلب القسمة والباقون غيب لم يقسم ، لأنه لاخصم عنه حاضر .

٥٣٥٥ ـ وقال ابن ابي ليلى والشافعي يقسم ويودع سهم الغائب حتى يحضر ه

فصـــــل

إقرارهم بما سوى العقار أنه ميراث

٥٢٥٦ ـ وكان ابو حنيفة يقسم ماسوى العقار اذا اقروا انه ميراث استحسن ذلك لانه يخاف فساده .

٥٢٥٧ ـ وسوا ابو يوسف ومحمد والشافعي بين الجميع .

فصـــــل

ما فيه ضرر شامل لا يقسم

٥٢٥٨ ـ ولايقسم حمام ولا حائط ولاجوهرة ولاثوب واحد ولاوسادة ولا بساط ولا ماشبه ذلك اذا طلب بعض الملاك ذلك ، لأن فيه ضرراً شاملا فلا يقسم حتى يتفقوا .

٥٢٥٩ ـ وقال مالك بن انس يقسم لانه يطلب حقه .

فصـــــل

على الميت دين وفي التركة وفاء

٥٢٦٠ ـ وقالوا لو كان على الميت دين فاقتسموا وفي التركـــة وفاء بالدين وفضل فالقسمة جائزة اذا قضوا الدين ، وللغريم ان يبطلها اذا حضر الا ان يقضوه حقه ، ارأيت لو خلف الميت الف درهم وعليه درهم اما كان قبيحاً ان لايقسم ذلك ؟

فصـــــل
قسمة الرقيق والمكيل إلخ

٥٣٦١ ـ وكان ابو حنيفة لايجيز قسمة الرقيق بعضه في بعض الا ان يكون معه شيء آخر لأنه يتفاوت .

٥٣٦٢ ـ واما المكيل والموزون والمواشي فانه يقسمها .

٥٣٦٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد الرقيق وغيره سواء ويقسم كل ذلك .

٥٣٦٤ ـ وهو قول الشافعي .

فصـــــل
قسمة العلو والسفل

٥٣٦٥ ـ وكان ابو حنيفة يقوم السفل والعلو كل ذراع بذراعين من العلو اذا كانت الابنية تتقارب ، وليس فيها تفاوت .

٥٣٦٦ ـ وقال ابو يوسف اقسم كل ذراع من العلو بذراع من السفل ، فاذا جعلت للذي يقع له السفل والعلو ذراعاً جعلت للذي يقع له العلو بلا سفل كل ذراع بذراعين .

٥٣٦٧ ـ وقال محمد اقسم الكل على القيمة ولا افعل ذلك .

٥٣٦٨ ـ وقال بعض اصحابنا وهو القياس وبه نأخذ .

فصـــــل
لهم عدة دور

٥٣٦٩ ـ واذا كان لهم عدة دور ، قسمت كل دار على حـــدة ، ولايجمع

نصيب احدهم في دار واحدة عند ابي حنيفة وزفر ؛
ويقال ابو يوسف ينظر الى ماهو اعدل في القسمة فيفعله .

فصـــل

تقسيم أجرة القاسم

٥٣٧٠ ـ واجرة القاسم على عدد الرؤوس عنـد ابي حنيفة لانه ربما كان (النصيب الصغير) اصعب استخراجاً من النصيب الكبير .

٥٣٧١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يكون على عدد النصيب ومساحة الارض .

فصـــل

القرعة

٥٣٧٢ ـ والقرعة بعد تعديل الانصبة عندنا تقطع التشاح والخصومة ويجعل كل سهم في بندقـة (١) فمن خرج سهمه اخـذ مما يليه حتى يكمل حقه .

فصـــل

٥٣٧٣ ـ وان احب القاسم ان يخير بعضهم فعل ، وكل ذلك جائز ، وان قسم بينهم رجل اجنبي ثم اقرع فهو جائز لأنه امين لهما في ذلك .

---

(١) جاء في لسان العرب : البنـدق واحـدته بنـدقة ، والواحـدة البندقة والجمع البنادق وقيل البندق حمل شجر كالجوز . . والبندق الذي يرمى .

فصـــــل

٥٣٧٤ ـ وقد قال ابو حنيفة : القرعة في القياس لاتستقيم ، ولكن اخذنا فى ذلك بالسنة والاثار .

فصـــــل

التفاضل

٥٣٧٥ ـ وان وقع فى القسمة تفاضل فى الزرع لأجـــل القيمة فهو جائز ، ولاتبطل القسمة .

فصـــــل

٥٣٧٦ ـ واذا كتب فى كتاب القسمة ، فكل حق هو لهذا السهم ، فانه يدخل في ذلك الطريق والشرب والبناء والنخـــل والشجر ، كما يدخـــل في البيع .

فصـــــل

٥٣٧٧ ـ ولايدخل الثمر والزرع في ذلك اذا كان ظاهراً ، لانه ليس بحق لها .

فصـــــل

٥٣٧٨ ـ وان قال في الكتاب ، وكل قليل وكثير فهو فيها او منها ، دخل جميع ذلك في البيع والقسمة .

٥٣٧٩ ـ ولو لم يكتب ذلك لم يدخل في القسمة ولا فى البيع .

فصـــــل

بيع النصيب من غير الشريك

٥٣٨٠ ـ ولكل واحد من الشركاء ان يبيع حقه ونصيبه من غير الشريك ،في سائر الاشياء ، ولايجـوز لشريكه منعه من ذلك لانــه اقام الغير مقامه منه .

فصـــــل

خيار الرؤية في القسمة

٥٣٨١ ـ ويثبت خيار الرؤية في القسمة اذا قسم بغير محضر منه ، ولمن لم ير ذلك الخيــار اذا راه ، فان شاء اجـاز ذلك ، وان شاء رده كما في البيع ؛

٥٣٨٢ ـ وعند الشافعي قسمة مالم يره باطلة كما يقول في البيع في قياس قوله .

٥٣٨٣ ـ وسائر الاموال في ذلك سوء ، مــن العقار والمكيل والموزون والرقيق والثياب .

٥٣٨٤ ـ وكل مايجوز بيعه مع عدم الرؤية فهو في القسمة مثل ذلك .

فصـــــل

قسمة بستان وكرم

٥٣٨٥ ـ وقال اصحابنا لو اقتسم رجلان بستانا وكرما فاصاب احــدهما البستان واصاب الاخر الكرم ، ولم ير واحــد منهما الذي اصابه ، ولا رأي جوفه ولانخلة ولا شجره ولكن رأى حائطه من ظاهره فالقسمة جائزة .

٥٣٨٦ ـ ورؤية الظاهر تكفي فى لزوم القسمة ، وكذلك قالوا في البيع ليس لاحدهما ان يرد .

٥٣٨٧ ـ وكذلك اذا راى كل واحـد اطراف الشجر مـن وراء الحائط فالقسمة جائزة .

فصـــل

شرط الخيار لثلاث

٥٣٨٨ ـ ويجوز بشرط الخيار لثلاث في القسمة كما يجوز في البيع ، ولايفسد ذلك القسمة .

فصـــل

٥٣٨٩ ـ ولمن له الخيار ان يفسخ في الثلاث ، وليس ذلك لمن لاخيار له ، كما يفعل في البيع .

فصـــل

٥٣٩٠ ـ وان مضت الثلاث قبل الفسخ فليس له ان يفسخ .

فصـــل

بطلان الخيار بتصرف من له الخيار

٥٣٩١ ـ ولو تصرف من له الخيار فى ذلك ببناء او تجصيص او هـدم اوما يبطل خياره فى البيع بطل خياره .

فصـــل

ادعاء من له الخيار الرد

٥٣٩٢ ـ ولو قال من له الخيار بعـد مضيها قـد كنت رددت القسمة قبل

مضي الثلاث فانه لايصدق في ذلك ، ولا خيار له اذا انكر الآخر ، وان اقام (١) بينة على ذلك ابطلت القسمة .

فصل

٥٣٩٣ ـ وان لم يدع ذلك هو وادعى ذلك صاحبه فانه لا يصدق وعليه البينة انه رد القسمة ، وان اقام بينة بالرد واقام الآخر بينة انه اجازها فاصحابنا يأخذون بشهود الرد ويبطلون القسمة .

فصل
البينة بالرد

٥٣٩٤ ـ وايهما اقام البينة بالرد فهو مثل صاحبه لانه الامر الطاريء على العقد .

فصل
خيار أربعة أيام

٥٣٩٥ ـ وان شرط خيار اربعة ايام فالقسمة باطلة ، وان اسقط اليوم الرابع قبل مجيئه صحت القسمة .

٥٣٩٦ ـ وهذا قول ابى حنيفة .

٥٣٩٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد الشرط جائز ، وان كان اكثر من اربعة وهو قول مالك كما قالا فى البيع .

---

(١) فى النسختين : اقاما ،

فصـــــل

من باب قسمة الأب والجد

على الصبي والمعتوه

٥٣٩٨ ـ قال اصحابنا ، وقسمة الأب على الصغير والمعتوه جائزة ، وسائر الاموال في ذلك سواء .

٥٣٩٩ ـ فان فعل مالا يتغابن فيه الناس فالقسمة باطلة :

٥٤٠٠ ـ وان كان ما يتغابن فيه الناس فالقسمة جائزة ، وكذلك قالوا في جواز بيعه .

٥٤٠١ ـ وحكم الجد اذا لم يكن اب مثل ذلك وكذلك وصى الاب عندنا ، ولا تجوز قسمة الجد ان كان للاب وصي .
والمعتوه والمغلوب على عقله في ذلك كالصبي ،

فصـــــل

وصي المرأة ووصي الأب

٥٤٠٢ ـ قالوا : ولوصي المرأة ان يقاسم لولدها الصغير ميراثه منها في غير العقار اذا لم يكن له اب ولا وصي أب ، وكذلك وصي القيم ، ووصي ابن القيم يقاسم للصغير اذا لم يكن له اب ولا وصي أب في جميع ميراثهم من الميت الذي اوصى اليه ماخلا العقار .

٥٤٠٣ ـ وليس لوصي الام ولا لوصى العم والاخ ان يقاسم ميراثا لهم غير ذلك .

٥٤٠٤ ـ فاما وصى الاب فيقاسم ميراثهم من الاب وغيره .

فصـــــل
قسمة الأب الكافر

٥٤٠٥ ـ ولا تجوز قسمة الاب الكافر على الصغير المسلم ، وكذلك المكاتب والعبـــد المأذون على الحر الصغير من ولده ، لا عته لا ولاية لهم على الصغير .

باب
القسمة ترد العيب

فصـــــل

٥٤٠٦ ـ واذا وجد احدهم بما صار اليه عيبا من حائط منهدم او جـــذع منكسر فانه يرد ذلك ، كالمعيب في البيع سواء .

٥٤٠٧ ـ وكذلك (ان) وجد سهمه من الطعام عفنا فانه يرد ذلك ويرجع على اصل حقه كما كان .

٥٤٠٨ ـ وان كان ذلك عبيداً او ثياباً او حيوانا فاصاب بأحد ما اخذه عيبا رد المعيب خاصة ، وعادشريكاًبقدر المردود فيما اخذه .

فصـــــل
استحقاق ما في يد أحد الشركاء

٥٤٠٩ ـ واذا بنى أحـــد الشركاء في نصيب ما او غرس غرساً ثم استحق بعض ما في يديه وكلفه الحاكم نقضه لم يرجع على شريكه بشيءمن القيمة اذا كان ذلك في ارض واحدة ودار واحدة ، ســـواء قسما

باختيار او باجبار ، وهذا قولهم جميعاً ، بخلاف البيع .

٥٤١٠ ـ وان كانت اراضي مختلفة او دور مختلفة ، فأخذ كل واحد منهم فبنى وغرس ثم استحق ذلك بطلت القسمة ، واذا امـــره الحاكم بالجذاذ والقلع فانه يرجع بحصة مايصيب شريكه عليـــه من البناء ، وكذلك ان اخذ أمة من الاماء فاولدها ثم استحقت وضمن قيمة الولد فانه يرجع على شريكه بنصف ماغرم من القيمة .

باب
دعوى الغلط في القسمة

٥٤١١ ـ واذا اقتسم الرجلان دارا أو ارضاً وقبض كل واحد منهما حقه من ذلك ثم ادعى احدهما الغلط فيما اخذ فان القسمة لا تعاد الا ان يقيم البينة بالغلط .

٥٤١٢ ـ وله ان يستحلف الشريك ، فان حلف برئ وان نكل عن اليمين عاد الامر كما كان ، ولا تعاد القسمة بدعوى الغلط بحال بعد ان أقر الشريك باخذ حقه .

٥٤١٣ ـ وان اقتسما دارين واخذ كل واحد واحدة ، ثم ادعى احدهما الغلط واقام بينة انه له كذا وكذا ذراعاً فاضلا فى يد الآخر ، فانه يقضي له بذلك الذرع ولا تعاد القسمة ، وليس هذا كالدار الواحدة عند ابى يوسف ومحمد .

٥٤١٤ ـ وفي قياس قول ابى حنيفة القسمة فاسدة ، والدار بينهما نصفان ، لان احدهما رجع لجهل الموضع ، فهو كمن اشترى اذرعاً من دار ولم

يبين موضع الاذرع ، فالبيع باطل عند ابى حنيفة .

٥٤١٥ - واذا اختلف فقال احـــدهما اصابني الف وقبضت تسعمائة ، وقال الآخر بل قبضت الفاً فانهما يتحالفان ويترادان القسم لانه لم يقر بقبض المائة ، وقد اقر بها الذي هي في يديه .

٥٤١٦ - ولو قال له احدهما : اصابني هذا البيت وهو في يد شريكه ؛

وقال الآخر لم يصبك ذلك وانما ذلك لي وحقي ؛

قيل له :

أكان في يد شريكك قبل القسمة فلم يدفعه اليك او اخذه من يديك بعد القسمة ؟

فان قال اخذه بعد القسمة باجارة او عارية فالقسمة جائزة ويحلف شريكه على دعواه

وان قال كان قبـــل القسمة فلم يسلمه تحالفا وترادا لانه لم يقر بقبض حقه .

٥٤١٧ واذا كانت الغنم مائة واقتسماها وقال احدهما : اصابك خمسون ولي خمسون وانما دفعت لي اربعين وقد بقي لي عشرة في يدك من حقي ولم تدفعها الي .

وقال الآخر : بل اصابني ستون بالقسمة واصابك اربعون فانهما يتحالفان ويترادان القسمة .

٥٤١٨ - ولو كانا اشهدا بالقسمه والاستيفاء كان القـــول قـــول الذي في يده الستون .

فصـــــل

استحقاق بعض ما صار إلى أحد الشريكين

٥٤١٩ ـ واذا استحق رجل بعض ماصار الى أحد الشريكين بالقسمة فانه على وجهين أحدهما ان يستحق ذلك مشاعاً والثاني ان يكون معيناً .

٥٤٢٠ ـ فان كان مشاعاً وقد استحق نصف ما في يده فهو بالخيار ان شاء ابطل القسمة وان شاء اجازها وشارك شريكه في نصيبه الذي اخذه بقدر ما استحق من سهمه .

٥٤٢١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد القسمة باطلة ولا خيار . وان كان ذلك معينا فالخيار اليه في الابطال في قولهم جميعاً .

فصـــــل

توقف القسمة على حضور الغائب

٥٤٢٢ ـ واذا اقتسم الشركاء وفيهم غائب عزلوا سهمه .
فالقسمة موقوفه على حضـوره ورضاه ، فان اجاز ذلك جاز وان فسخ بطلت ، وان مات قبل الاجازة والفسخ وله وارث فاجاز ذلك جاز عند ابى يوسف .

٥٤٢٣ ـ ولم يجز عند محمد ، لأنه خيار الاجازة لا يورث .

ظهور شريك ثالث

٥٤٢٤ ـ وان ظهر شريك ثالث فالقسمة باطلة عندهم جميعاً .

فصل

استحقاق عشرة أقفزة من أصل أربعين اقتسماها

٥٤٢٥ ـ والحنطة اذا كانت بين اثنين وهي اربعون قفيزاً فاقتسماها واخذ احدهما من ذلك عشرة اقفزة وثوباً واخذ الآخر ثلاثين قفيزاً ثم استحق من الثلاثين عشرة اقفزة فانه يرجع على صاحبه بنصف الثوب في الاستحسان ، وكان القياس ان يرجع عليه بثلث الثوب وسدس العشرة اقفزة .

٥٤٢٦ ـ وكذا روى ابن زياد وقاله في الزيادات .

فصل

اقتسما داراً وأرضاً

٥٤٢٧ ـ واذا اقتسما داراً قيمتها الف وارضاً مثل ذلك ، على ان يرد صاحب الارض على صاحب الدار عبداً قيمته الف ثم استحق من علو الدار ماقيمته عشر السفل فانه يرجع على صاحب الارض بستة عشر درهماً وثلثي درهم ، عند ابى حنيفة يرجع في الدراهم ولا يرجع في الارض .

٥٤٢٨ ـ وقال ابو يوسف يرجع بعشر الارض .

٥٤٢٩ ـ وكتاب القسمة كبير ، وفيه مسائل جمة ، وذكر الكل فلا يمكن ، ولما كانت القسمة في معنى البيع من وجه وكانت افرازا عند آخرين من العلماء وكان البيع يتعلق به وجوب الشفعة في العقار وكانت القسمة بيعاً لا يجب فيه شفعة وجب ان نذكر كتاب الشفعة بعد ذلك .

كتاب الشفعة

وهذا كتاب الشفعة(1)

حكمة الشفعة

٥٤٣٠ ـ اعلم ان الشفعة وضعت لدفع الضرر عن الشريك والجار ، ولهـــذا وجبت في العقار خاصة .

القياس عدم وجوبها

٥٤٣١ ـ والقياس انه لا تجب شفعة لأنه اخذ مال الغير بغير رضاه .

وجوبها استحساناً

٥٤٣٢ ـ والاستحسان انها تجب لدفع الضرر .

الآثار المروية

٥٤٣٣ ـ والاصل في هذا الباب ماروواه ابن المسيب عن النبي (ص) انه قال :

---

(1) الشفعة في اللغـــة الزيادة ، وهو ان يشفعك فيما يطلب حتى تضمه الى ماعندك فتزيده ، وتشفعه بها ، أي ان تزيده بها ، أي انه كان =

« انما الشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحـــدود وهدمت الطرق

= وتراً واحداً فضم اليه مازاده وشفعه به ، وقال القتيبي في تفسير الشفعة كان الرجل في الجاهلية اذا أراد بيع منزل اتاه رجل فشفع اليه فيما باع ، وجعله اولى بالبيع ممن بعد سبقه ، فسميت شفعة وسمي طالبها شفيعاً ، وفي الحديث : الشفعة في كل مايقسم ، الشفعة في الملك معروفة وهي مشتقة من الزيادة ، لان الشفيع يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به كأنه كان واحداً وتراً فصار زوجا شفعا . وفي حديث الشعبي الشفعة على رؤوس الرجال ، هو تكون الدار بين جماعـــة مختلفي السهام فيبيع واحد منهم نصيبه ، فيكون ماباع لشركائه بينهم على رؤوسهم لا على سهامهم ، والشفيع صاحب الشـــفعة وصاحب الشفاعـــة (لسان العرب) .

وفي سبل السلام للامـــير الصنعاني (٧٣/٣) « الشفعة بضم الشين المعجمة وسكون الفاء : في استقاقها ثلاثة أقـــوال : قيل من الشفع وهو الزوج وقيل من الزيادة وقيل الاعانة ، وهي شرعاً انتقال حصة الى حصة بسبب شرعي كأن انتقلت الى اجنبي بمثل العوض المسمى وقال أكثر الفقهاء انها واردة على خلاف القياس ، لانها تؤخذ كرهاً ولان الاذية لا تدفع عن واحد بضرر آخر ، وقيـــل خالفت هـــذا القياس ووافقت قياسات أخر بدفع ضرر الغير بضرر الآخـــر ، ثم يؤخذ حقه كرهاً كبيع الحاكم عن المتمرد والمفلس ونحوها . اه . اقول وهذا محل نظر وقياس مع الفارق لأن البيـــع في المثالين مرده رابطة الدين بين الطرفين وتقصير المدين في الوفاء ولا رابطة بين الشفيع =

فلا شفعة » (١) .

٥٤٣٤ - وروى رافع عن النبي (ص) انه قال الجار أحق بسقبه (٢) والسقب القرب . في اللغـة (٣) والشـريك لا يسمى جاراً في صحـة الكلام ، وخبر جابر انه عليه السلام قال : « الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائباً اذا كان طريقهما واحداً » (٤)

= وبين مشتري الدار . والصحيح ان الشفعة على خلاف القياس ومبناها عرف قديم فاذا زالت الضرورة وتضـرر الناس بذلك العرف جاز للمشرع ايقاف العمل بالشفعة بتخصص القضاء بعدم النظر .

(١) - سبل السلام ٧٥/٣ وفيه ان القسمة تبطل الشفعة .

(٢) - ومعنى الحـديث ان الجار أحق بالشفعـة اذا كان جاراً ملاصقاً (كتاب الاثار لأبي يوسف هامش ٥ من (ص ١٦٧) .

(٣) - جاء في صدد هذا الحديث في بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام « رواه احمـد والاربعـة ورجاله ثقاة » وجاء في سبل السـلام (٧٥/٣-٧٦) احسن المصنف بعوثيق رجاله وعدم اعلاله ، والا فانهم قد تكلموا في هذه الرواية بانه قد انفرد بزيادة قـوله « اذا كان طريقهما واحـداً » عبدالملك بن ابي سليمان العزرمي . قلت : وعبدالملك ثقـة مأمون لا يضر انفراده ، كما عرف في الاصـول وعلوم الحديث , والحديث من ادلة شفعه الجار ، الا انه قيـده بقوله « اذا كان طريقهما واحداً » ، وقد ذهب الى اشتراط هـذا بعض العلماء ..

فصــــل

الشفعة في العقار وحده

٥٤٣٥ ـ والشفعة واجبة في جميع ما بيــع من العقار دون غــيره ، الدور

---

(٤) ـ جاء في كتاب الآثار لأبي يوسف « قال حدثنا يوسف عن ابيه عن ابي حنيفة عن عبدالكريم عن المسور بن مخرمة (؟) (ان) ابا رافع (٧) ساومه سعد ببيت ، فقال سعد : خذ هذا البيت باربعمائة اما إني قد اعطيت به ثمانمائة ولكن اعطيكه لحديث سمعته من رسول الله (ص) انه قال : الجار احق بسقبه ، (الحديث ٧٦٧ من كتاب الآثار) والسقب القرب ، ومعنى الحديث ان الجار احق بالشفعة اذا كان مجاوراً ملاصقاً .

وفي سبل السلام (٣/٧٥) ورد عن ابي رافع (ر) قال : قال رسول الله (ص) « الجار احق بصقبه » بالصاد المهملة مفتوحــة ولفتح القاف ، القرب ، اخرجه البخاري ....والحديث.. يعم الشفعة ، فذهب الى ثبوتهــا (للجار) الهادوية والحنفية وآخرون لهــذه الاحاديث ولغيرها كحديث الشهيد بن سويد قال « قلت يارسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولاقسم الا الجوار ، قال : الجــار أحق بصقبه وحديث جابر (اي حديث الجار احق بشفعة جاره الخ) وذهب علي وعمر وعثمان والشافعي واحمد واسحق وغيرهم الى انه لا شفعة بالجوار .

والمنازل والحوانيت والحانات والمزارع والبساتين والأرحية والاراضي والحمامات والارحية ، اذا وقع البيع على عراص ذلك ، كله ، وسواء كانت في مصر أو قرية أو غير ذلك من ارض الاسلام اذا كان ذلك مملوكا يجوز بيع مالكه ، وكان البيع باتا ليس فيه خيار شرط ، للسنة التي روينا ، ولأجماع العلماء على ذلك .

٥٤٣٦ ـ وقال مالك تجب في السفن .

٥٤٣٧ ـ ولو وجبت في السفن لوجبت في كل منقول، ولا خلاف انها لا تجب في ذلك .

فصل

لا شفعة إذا كان الخيار للبائع

٥٤٣٨ ـ واذا كان الخيار للبائع لم تجب الشفعة لأنه لم يرغب عن ملكه ولا خرج عنه عندنا .

٥٤٣٩ ـ وقد كان يلزم الشافعي ان يوجب الشفعة على قوله الذي يقول انه يملك المشتري ذلك .

فصل

وجوب الشفعة في الخيار للمشتري

٥٤٤٠ ـ وان كان الخيار للمشتري وجبت الشفعة لأن خياره لا يمنع من خروج الملك عن البائع ، وان لم يدخل في ملك المشتري في أحدى الروايتين .

فصـــــل

خيار الرؤية والعيب لا يمنع الشفعة

٥٤٤١ ـ وان كان خيار رؤية او عيب لم يمنع وجـــوب الشفعة ، لأن ذلك لا يمنع من اتمام الملك فيه ، وهذا ينبني على جواز بيع ما لم يره .

٥٤٤٢ ـ خلاف الشافعي .

فصـــــل

الشفعة في مدة الخيار

٥٤٤٣ ـ ولا فرق بين ان يأخذ ذلك في مدة الخيار أو بعدها .

فصـــــل

لا شفعة في البيع الفاسد

٥٤٤٤ ـ والبيع الفاسد لا تجب الشفعة فيه مادام حق النقض قائما فيه ، سواء قبض ذلك أو لم يقبض ، لأن حق القبض للبائع سابق لحق الشفيع ، فهو كشرط الخيار .

فصـــــل

خروج المبيع إلى غيره

٥٤٤٥ ـ واذا خرج المبيع عن ملكه الى غيره فالشفيع بالخيار ان شاء اخذه

بالثمن الثاني ، وان شاء رد البيع وأخذه بقيمته من الاول ،

فصـــــل

٥٤٤٦ ـ وان بنى المشتري في المبيع بيعاً فاســداً سقط حق البائع ووجبت الشفعة فيه عند ابى حنيفة .

٥٤٤٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا شفعة .

٥٤٤٨ ـ وهو قول الشافعي .

٥٤٤٩ ـ والمسألة تبنى على ان البيع الفاسد اذا اتصل به القبض ملك ، واذا سقط حق الفسخ فيه لزم وصح كالصحيح .

فصـــــل

٥٤٥٠ ـ واتفق العلماء على ان الشفعة لا تجب في الميراث .

٥٤٥١ ـ وقال اصحابنا اذا ملكت الارض بغير بدل يجب بالعقد كالهبــة والوصية فلا شفعة في ذلك .

٥٤٥٢ ـ وقال مالك تجب الشفعة في الهبة بالقيمة ولو وجبت في الهبة وجبت في الميراث والوصية .

فصـــــل

٥٤٥٣ ـ وان استأجر داراً بدار أو عبــداً بدار أو تزوج امرأة على دار أو صالح من دم عمد يجب به القصاص على دار ، او خلع بها امرأة أو اعتق بها عبداً فلا شفعة في ذلك عند اصحابنا .

٥٤٥٤ ـ وقال الشافعي يجب في ذلك الشفعة .

٥٤٥٥ ـ وهو قول ابن ابي ليلى .

٥٤٥٦ ـ لأن هذه المعاني لا قيمة لها في حق غير العاقد وليس لها مثل يؤخذ به ، ولا يجوز ان يؤخذ بالقيمة لأنه كان يجب ان يوجب ذلك في الهبة .

فصل

لا شفعة في الهبة بشرط العوض

٥٤٥٧ ـ والهبة بشرط العوض لا تجب فيها شفعة حتى يقع التقابض ، فاذا وقع أخذ بمثل العوض ان كان له مثل من الوزن والكيل والعدد وان كان لا مثل له اخذه بقيمته يوم وقع القبض ، وفي البيع يوم وقع البيع .

٥٤٥٨ ـ وقال زفر تجب الشفعة بنفس عقد الهبة اذا كان ذلك على عوض لأنه عقد بيع ، وقد قدمنا ذلك في كتاب الهبة .

فصل

عوض عن الهبة من غير شرط

٥٤٥٩ ـ ولا عوض عن الهبة من غير شرط فلا شفعة عندنا ، لأن العقد لم يجب به بدل له قيمة فلا تجب به الشفعة عند اصحابنا جميعاً .

فصل

٥٤٦٠ ـ وتجب الشفعة في العلو الذي لا سفل معه ، وفي السفل الذي لاعلو

معه وفيهما جميعاً لأن حق الاستقرار قائم في ذلك لمالكه ، والبناء بخلاف ذلك لأنه يجب تسليمه منقوضاً .

٥٤٦١ ـ وقد كان القياس عندهم ان لايصح بيع ذلك لأنه لا يمكن بيعه الا بان يكون بيعاً لما يصح ان يزال عن موضعه ، واستحسنوا جواز ذلك في الجملة .

فصل

لا شفعة فيما لا يجوز بيعه

٥٤٦٢ ـ وكل عقار لا يجوز بيعه ولا يملك بالبيع فلا شفعة فيه ولا تجب الشفعة به كالوقوف والرباطات والمساجد والمقابر والسقايات والآبار التي للشرب على قول من اجاز ذلك .

٥٤٦٣ ـ ومن لم يجز هذه الامور فهو وسائر الاملاك سواء .

فصل

لا شفعة في دور مكة

٥٤٦٤ ـ ودور مكة لا تجب فيها شفعة على قول ابي حنيفة في رواية الأصل .

٥٤٦٥ ـ وفي رواية الحسن تجب .

٥٤٦٦ ـ وهو قولهما .

فصل

الشفعة في أرض السواد

٥٤٦٧ ـ والسواد وأرض الخراج مملوكان يجوز بيعهما وتجب الشفعة فيهما

خلافاً لمن قال لا يجوز ذلك من الشافعي وغيره ممن قال هي موقوفة .

فصـــــل

جواز الشفعة بجواز البيع

٥٤٦٨ ـ ووجوب الشفعة يتبع جواز بيع الارض في المشاع والمقسوم ، فما جاز بيع جملته جاز بيع بعضه .

فصـــــل

من تجب لهم الشفعة

٥٤٦٩ ـ والشفعـــة واجبـــة للمسلم والذمي والحر والمكاتب والمأذون له في التجارة والمعتق بعضه ، وتجب عليهم الشفعة لأن الشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه ، ويملكه عليه المستحق وان كان كل واحـــد من هؤلاء لا يصح ان يملك ذلك على البائع بالبيع فكذلك بالشفعة .

٥٤٧٠ ـ وقد روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه لاشفعة للذمي على مسلم وهو قول شريح والحنابلة .

٥٤٧١ ـ والجميع بخلافه .

فصـــــل

باع ما تجب الشفعة فيه مع جعل الخيار له

٥٤٧٢ ـ ومن باع ما تجب الشفعة فيه أو اجاز بيع البائع له اذا جعل الخيار اليه

فلا شفعة له ، وان المشتري ما يجب له فيه الشفعة او اجاز البيع فله الشفعة .

٥٤٧٣ ـ ومنهم من قال تجب لها الشفعة ومنهم من قال لا تجب في الجميع لأن البائع (١) فهو كالبائع نفسه فلا تجب له شفعة ، ولانه لو وجبت له الشفعة لاسقط باخذه ما وجب عليه للمشتري من الحقوق وليس له ذلك ، لانه اذا باع فقد رضي بسقوط الشفعة ، والمشتري بخلاف ذلك كله وهو الصحيح .

فصـــــل

استحقاق الشفعة

٥٤٧٤ ـ وتستحق الشفعة بالشركة في المبيع ثم بالشركة في حقوقه ، ثم بالجوار الاقرب فالأقرب (٢) .

٥٤٧٥ ـ وحكى أبو الحسن في مختصره عن ابي يوسف ان بعض اصحابنا قال : لا شفعة الا للشريك الذي لم يقاسم .

٥٤٧٦ ـ ولا فرق عندنا بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل .

---

(١) كذا في النسختين .

(٢) في مختصر الطحاوي : أولى الشفعاء بالمبيع الشريك الذي لم يقاسم ، ثم يتلوه الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق ، ثم يتلوه الجار الملاصق . (مختصر الطحاوي ، ص١٢٠) .

٥٤٧٧ ـ وقال الشافعي لا شفعة إلا في متاع يحتمل القسمة ، فاما ما لا يقسم من العقار فلاشفعة فيه في أحد قوليه .

٥٤٧٨ ـ واتفق قوله على ان الجوار لا تستحق به شفعة .

فصـــــل

الجار المحاذي

٥٤٧٩ ـ واتفق الفريقان على ان الجار المحاذي لا شفعة له .

فصـــــل

الخليط

٥٤٨٠ ـ وانما قدم الخليط لقربه والشريك في الحقوق اقرب من الجار .

٥٤٨١ ـ وكل من أوجب الشفعة لمن عدى الشريك يقول بما ذكرناه .

فصـــــل

إذا أسلم الشفيع القريب الشفعة

٥٤٨٢ ـ واذا سلم الشريك في نفس المبيع الشفعة اخذها الشريك في الحقوق واذا سلم الشريك في الحقوق اخذها الجار الملاصق ثم كذلك ابداً الى آخر الزقاق .

٥٤٨٣ ـ وقال الحسن بن صالح : اذا سلم القريب الشفعة فلا شفعة للبعيد لانه قد سلم مايستحقه الى المشتري فلا يبقى لغيره حق .

٥٤٨٤ ـ واصحابنا جعلوا ذلك كالميراث اذا سقط حق القريب بالقتل اخذ

البعيد ، ولأن الضرر حاصل على البعيد .

٥٤٨٥ - وانما قدم الشريك لان الضرر اخص به .

فصـــــل

على عدد الرؤوس

٥٤٨٦ - والشفعة تجب على عدد الرؤوس لا على قدر الانصباء .

٥٤٨٧ - وقال الشافعي تقسم على مقدار الانصباء في احد قوليه .

٥٤٨٨ - لان السبب المستحق انما هو الشركة والجوار ، دون قـدر الملك ، لانه لو انفرد اخذ الكل ولم يأخذ بقدر ملكه وبهذا فارق الديون .

٥٤٨٩ - ولو ترك الجميع حقوقهم إلا واحداً اخذ جميع ما تركوا بخلاف الدين فانه لا يأخذ الا بقدر حقه فلذلك قسم على الرؤوس .

فصـــــل

الطلب والأخذ

٥٤٩٠ - والشفعة تجب بعقد البيع وتستحق بالطلب (١) وتملك بالاخـذ . لانه اذا لم يكن بيع فلا شفعة ، وقد مضى ذلك .

٥٤٩١ - واذا ترك الطلب بطلت الشفعة ، ولا يحصل الملك الا بأخذ المبيع اما برضا المشتري بذلك او قضاء القاضي ، لانه لو ملك لكان تجب له الشفعة بذلك كما بعد الاخذ .

---

(١) في مختصر الطحاوي (ص١٢١) بالاشهاد والطلب .

فصـــــل

٥٤٩٢ ـ وليس للشفيع ان يأخذ ذلك بغير رضا ولا قضاء .

٥٤٩٣ ـ وقال الشافعي له ان يأخذ ذلك بنفسه .

٥٤٩٤ ـ لان هذا مما يختلف فيه العلماء ويسوغ فيه الاجتهاد ، ويملك على الغير فلابد من طريق يأخذ به ذلك ، ولا يجـوز ان يأخـذ من غير شفعة .

فصـــــل

كيفية الطلب

٥٤٩٥ ـ والطلب ان يشهد عند أول ساعـة يعلم بالبيع ، ثم يقصد البائع او المشتري او المبيع فيشهد هناك لان الطلب لابد منه ، والاشهاد حتى لا يسقط حقه . والبائع لانه هو الذي باع ، والمشتري لانه اشترى ، فلابد من اعلام من تطالب منه الشفعة .

فصـــــل

فورية الطلب

٥٤٩٦ ـ والطلب على الفور في رواية الاصل .

٥٤٩٧ ـ وفي رواية هشام كالمخيرة .(؟)

٥٤٩٨ ـ وللشافعي اربعة اقوال :

احدها انها على الفور ، والثاني على المجلس ، والثالث على الابد

لاتسقط بتأخير الطلب ، كما لا يسقط حق المغصوب منه بتأخير طلبه .

وقوله (رابع) آخر الطلب الى ثلاثة ايام لانها اجل قوم ثمود .

٥٤٩٩ ـ وللمشتري ان يطالبه بالاخذ او اسقاط الشفعة .

فصـــــل

٥٥٠٠ ـ واذا اشهد الشفيع على الطلب فهو على شفعته ابداً حتى يسقط بالقول عند ابى حنيفة .

٥٥٠١ ـ وقال ابو يوسف اذا مضى مجلس من مجالس القاضي ، وهو يقدر على طلبه فلم يطلب فقد بطلت شفعته (١) .

٥٥٠٢ ـ وقال محمد يسقط اذا مضى شهر

٥٥٠٣ ـ وفي قول الشافعي على ما حكيناه .

٥٥٠٤ ـ لانه قد اعلمه بالطلب وزال غرور الشفيع له فصار كسائر الحقوق الواجبة التي لاتسقط بالترك .

فصـــــل

ممن تؤخذ الدار؟

٥٥٠٥ ـ وعندنا للشفيع ان يأخذ الدار من يد البائع اذا كانت بيده ، وبأذن من المشتري ان كان قد قبض الدار .

واذا اخذ من البائع انفسخ البيع بينه وبين المشتري ، لان الشـــفعة

---

(١) في مختصر الطحاوي (ص١٢١) ان رأي ابى يوسف كرأي ابي حنيفة

تجب برغبة البائع عن ملكه بعقد البيع ، وهـذا المعنى حاصل قبل تسليم الدار .

٥٥٠٦ ـ وقال الشافعي لا يأخذ حتى يقبض المشتري :

فصـــل

العهدة

٥٥٠٧ ـ والعهدة عندنا على من اخذ من يده الدار ايهما كان ، وعنـده لا تكون الا على المشتري .

فصـــل

غيبة البائع أو المشتري

٥٥٠٨ ـ وان كان البائع غائباً او المشتري والمبيع فى يد البائع فانه لاشفعة حتى يحضر لان حق الحبس للبائع فاعتبر حضوره ، وحق الملك للمشتري فاعتبر احضوره ، وبالغيبة يتعذر الوصول الى ذلك .

فصـــل

إذا لم يتمكن من الإشهاد

٥٥٠٩ ـ وان لم يمكنه الاشـهاد ، وحال بينه وبين ذلك حائل ان يكون بحضرة المبيع او أحد المتعاقدين فهو على شفعته حتى يقدر على ذلك لان هذا عذر ، فهو كما لو لم يعلم فهو على شفعته .

فصـــل

رجوع المشتري بالثمن

٥٥١٠ - واذا اخذ الشفعة من البائع وقد كان المشتري دفع الثمن الى البائع ولم يقبض، فان المشتري يرجع عليه بما وزنه ان كان باقياً وبقيمته ان كان هالكا ان كان من ذوات القيم والامثلة من ذوات الامثال لان الشفيع يدفع الثمن الى من العهدة عليه دون من لم يدفع اليه ذلك .

باب

ما يبطل الشفعة عند وجوبها

٥٥١١ - واذا ساوم الشفيع المشتري على ما اشتراه او سأله ان يوليه اياها او أستأجرها الشفيع من المشتري او كانت مزرعة فعامله فيها مزارعة او مساقاة او صالحه من شفعته على مال فان كل هذا تسليم للشفعة اذا كان يعلم بذلك كله وبعلم البيع ، ويبطل الصلح ويرد العوض من المأخوذ ولا شفعة له : ولا خلاف نعلمه في ذلك .

٥٥١٢ - وان باع الشفيع داره ، وهو يعلم بالبيع او لايعلم بطلت شفعته لأن مايستحق به الشفعة قد زال عن ملكه .

٥٥١٣ - وان ردها المشترى على البائع بعيب او خيار رؤية وعادت الى البائع فقد بطلت الشفعة لانه قد صار غير جار (؟) .

٥٥١٤ - ولو عادت الى الشفيع (عادت) على حكم ملكه الأول (؟) .

فصـــــل

شفيع باع داره

٥٥١٥ ـ وان كان الشفيع باع داره بيعاً فاسداً وقبضت فلا شفعة له ؛

٥٥١٦ ـ وان كان باع وشـرط الخيار لنفسه فهو على شفعته ، وان طلب في مدة الخيار بالشفعة فله ذلك،ولاتبطل الشفعة بينه وبين المشتري لأن ملكه لم يزل عنه بالبيع .

فصـــــل

٥٥١٧ ـ وان باع من داره حصة معلومة ، وبقي له منها سهم فهو على شفعته بما بقي له فيها .

فصـــــل

باع من داره منزلاً

٥٥١٨ ـ وان باع منزلا منها مما لايلي الدار المدفوعة فهو على شفعته منها ؛

٥٥١٩ ـ وان كان المبيع مما يلي الدار المشفوعة وهو يستغرق جميع الحد فلا شفعة له ؛ وان كان قد بقي من الحد شيء مما يلي الدار المبيعـة فهو على شفعته لأنه قد بقي له مايأخذ به الشفعة ؛

فصـــــل

٥٥٢٠ ـ والشريك اذا كان جاراً ووجبت له الشفعة فبـاع نصيبه المشترك وبقي له الجوار فهو على شفعته ، لأن الجـوار تجب به الشفعة اذا انفرد ، فلم يخرج من ان يكون مستحقاً الشفعة .

فصـــــل

طلب الشفيع نصف المبيع

٥٥٢١ ـ والشفيع اذا طلب نصف المبيع وسكت عن النصف ، لم تبطل شفعته عند ابي يوسف ، لأن طلب النصف طلب للجميع لأنه ليس له ان يبعض ذلك على المشتري فهو بمثابة ما لايتبعض من الحقوق كالمهر والعقر وغيره .

٥٥٢٢ ـ وقال محمد قد بطلت الشفعة لأن سـكوته عن طلب النصف يوجب ابطال الشفعة فيه ، والشفعة اذا بطل بعضها بطل الجميع .

٥٥٢٣ ـ وقال محمد لو كان طلب الكل وقال : انا اطلب الشفعة واسـلم لك النصف وآخذ انا النصف فليس هذا تسليما وهو على شفعته ولاتبطل

فصـــــل

إبطال الحق في الشفعة إسقاط

٥٥٢٤ ـ واذا ابطل حقه من الشفعة بعد الشراء سقط ، سواء علم بالشراء أو لم يعلم ، علم ان له شفعة أو لم يعلم لأنه اسقاط حق لا يقف على قبول من عليه الحق فهو كالطلاق والعتاق والابراء .

٥٥٢٥ ـ وفرق اصحابنا بين البكر تسكت وهي لا تعلم بالنكاح لا يبطـل خيارها ان سـكوتها جعـل بمنزلة الاذن في تتميم النكاح وليس باسقاط حق لها ، فاعتبر علمها بالنكاح .

٥٥٢٦ ـ وقد روى عن ابى الحسن الكرخي رحمه الله انها لو قالت : رضيت بالنكاح ، وهي لا تعلم ، يسقط خيارها ، وسوى بين المسألتين في النطق والسكوت .

فصـــــل

تصديق المشتري الشفيع على دعواه

٥٥٢٧ ـ ولا يصدق بعد ذلك انه لايعلم ، ولو صدقه المشتري ايضاً على ذلك فهو تسليم للشفعة لأن حقه اذا سقط لم ينفعه تصديق المشتري انه لايعلم كما لاينفع الزوجة والعبد المعتق تصديق المطلق والمعتق .

٥٥٢٨ ـ واذا اخبر بان الشراء وقع بدراهم فسلم الشفعة ثم اخبر بان الشراء بدراهم فسلم الخ ثم (اخبر) انه دنانير ، فان كانت اكثر قيمة من الدراهم فهو تسليم ، وان كانت اقل من الثمن (١) فهو على شفعة .

٥٥٢٩ ـ وان اخبر بالمكيل والموزون فوجد بخلاف الجنس فهو على شفعته ؛ لأنه يأخذ بالمثل ولا تعتبر القيمة .

٥٥٣٠ ـ وقد روى عن زفر ان لا يكون تسليما في سائر الاحوال والاجناس في الزائد والناقص والاثمان والعروض في ذلك سواء ، لانه سلم حقه على وجه مخصوص فكان بخلافه كما لو كان اقل .

٥٥٣١ ـ وغير الجنس من ذوات الامثال .

٥٥٣٢ ـ واتفقوا في ذوات القيم ان القيمة اذا كانت اكثر مما سلم به الشفعة انه تسليم وان كانت اقل فليس بتسلم .

٥٥٣٣ ـ ولو اخبر انه اشترى نصف الدار فسلم ثم علم انه اشترى الكل فهو على شفعته ؛

---

(١) في نسخة (ق) بعد ذلك « الاقل قيمة » .

٥٥٣٤ - ولو اخبر انه اشترى الدار كلها فسلم ، ثم علم انه اشترى النصف فلا شفعة له لان تسليم الكل تسليم لما دونه فيكون ذلك تسليما للمشتري .

٥٥٣٥ - وحكى الكرخي رحمه الله عن النمير بن حدار (؟) انه قال المشهور الجواب فقال اذا اشترى الكل فقيل له اشتر النصف فسلم ثم علم انه اشتراها كلها بطلت شفعته وان اشترى نصفها فقيل له اشتراها كلها فسلم ثم علم انه اشترى نصفها فهو على شفعته لانه قد يسلم لكثرة الثمن في الكل والعجز عن ادائه ، وعدم قدرته ، وفي النصف لايعجز عن ذلك فلم يكن تسليما لها ، لانه اذا عجز عن البعض فالكل اولى ، فلهذا كان تسليما لها كلها .

فصل

سلم ثم علم أن مشتريها هو زيد وعمر

٥٥٣٦ - ولو اخبر ان زيداً اشتراها فسلم ثم علم انه وعمرو اشترياها فله ان يأخذ نصيب عمرو وقد سلم لزيد نصيبه لأنه قد يرغب في زيد ولا يرغب في عمرو ، فليس في تسليم ذلك لزيد تسليم منه لعمرو .

فصل

حضور المال

٥٥٣٧ - والقاضي لا يقضي بالشفعة حتى يكون المال حاضراً .

٥٥٣٨ - فان قضى له وطلب الشفيع المهلة امهل يوماً ويومين .

٥٥٣٩ ـ ويحبس الشفيع على الثمن كما يحبس المشتري لأنه بمنزلته في العين .

٥٥٤٠ ـ وان لم يحضر الثمن الى الأجـــل المذكور ابطل القاضي شفعته لأنه ضرر على المشتري وغرور (١)

فصـــــل

أعلمه المشتري بالشراء

٥٥٤١ ـ ولو لقيه المشتري واعلمه بالشراء وقال له : هات الثمن فلم يأت به الى ثلاث بطلت شفعته ، لأن هذا هو القدر الذي يؤجل في مثله .

فصـــــل

للدار جماعة شفعاء

٥٥٤٢ ـ واذا كان للدار جماعة شفعاء فلهم الشفعة على عددهم ، ولمن حضر منهم ان يأخذ جميعها ولا يقسم على من لا يطلب ولا على غائب ، فان حضر وطلب قضى له بحقه .

---

(١) يمكن تعميم حكم هذه القاعدة وصياغته صياغة شاملة بقولنا :
كلما ترتب على تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزام مترتب على علاقة تعاقدية او غير تعاقدية ضرر بالطرف الآخر وغرور كان للطرف المضار أو المغرور ان يطلب من القاضي فسخ العقد أو قطع العلاقة .

فصـــــل

هل للشفيع نقض ما بنى المشتري

٥٥٤٣ ـ وللشفيع ان ينقض مابنى المشتري ويقلع الشجر ويبطل بيعه ووقفه .

٥٥٤٤ ـ وقال ابو يوسف : يأخذ بقيمة البناء مقلوعاً (١)

٥٥٤٥ ـ وهو قول الشافعي .

٥٥٤٦ ـ وقال الشافعي له ان يبطل جميع عقوده وتصرفه بالقول .

٥٥٤٧ ـ وعن ابن زياد وابن ابي ليلى انه اذا اوقفها او جعلهـــا مقبرة ودفن فيها فليس له عليها سبيل لأنه ازال ملكه على نحو لا يلحقه الفسخ في ذلك .

٥٥٤٨ ـ ومن اشترى دارين صفقة واحدة (ولها شفيع واحد (٢)) فليس للشفيع ان يأخذ احداهما دون الاخرى لأنه يبعض الصفقة على المشتري .

فصـــــل

٥٥٤٩ ـ وان اشترى دارين لأحدهما شفيع وليس له في الاخرى شفيع فله ان يأخذ التي له فيها الشفعة دون الاخرى .

---

(١) في مختصر الطحاوي ص١٢٤ : (بقيمة البناء قائما) وفيه ايضاً ان اخذ الشفيع بقيمة البناء قائما هو قول آخر لأبي يوسف ؛

(٢) مابين قوسين من مختصر الطحاوي (ص١٢٣) ؛

٥٥٥٠ ـ وقد ذكر الطحاوي في مختصره في ذلك خلاف رواية انه يأخذ الجميع او يدع (١)

فصـــــل

البناء والغرس والثمرة

٥٥٥١ ـ وللشفيع ان يأخذ البناء والغرس والثمرة المتصلة على النخل بالشفعة .

٥٥٥٢ ـ وقال الشافعي لا شفعة له في الثمرة القائمة لأنها عين اخرى . وهي عندنا كالشجر القائم في الارض .

فصـــــل

هدم البناء والغرس وذهابه بآفة

٥٥٥٣ ـ واذا هدم المشتري البناء وقلع الغرس اخذ الشفيع الباقي بحصته من الثمن .

٥٥٥٤ ـ وان ذهب بآفة فهو بالخيار ، ان شاء اخذ بكل الثمن وان شاء ترك .

٥٥٥٥ ـ وللشافعي قولان :

---

(١) مانسبه الى مختصر الطحاوي ليس على نحو ماورد في المطبوع من هذا المختصر فقد ورد فيه (ص٢٢٢) «من اشترى دارا من رجلين وقبضها او لم يقبضها ، صفقة واحدة ، فاراد الشفيع أن يأخذ ماباع احدهما دون ماباع الآخر ، فليس له ذلك ، وانما له ان يأخذها كلها او يدعها كلها » ولعل ما اشار اليه السمناني مما اطلع عليه في نسخة خطية لم تصلنا وتعليل ما اسنده الى تلك النسخة وحدة الصفقة .

احدهما يأخذ بكل الثمن في الموضعين **والثاني يأخذ بالحصة في** الموضعين .

فصل

٥٥٥٦ ـ وان وجد الشفيع الثمرة مقطوعة والبناء مقلوعاً فليس له اخذه بالشفعة ، انما يأخذ مادام متصلا .

باب

اختلاف المشتري والشفيع في الثمن

٥٥٥٧ ـ واذا اختلفا في الثمن وقد سلمه الى البائع فالقول قول المشتري في قدره وجنسه ، ولا يصدق عليه الشفيع ولا البائع فيما يقول لأن الشفيع كالمشتري مع البائع ، وقد بينا ذلك في كتاب البيوع .

فصل

٥٥٥٨ ـ وان اقاما بينة جميعاً فالبينة بينة الشفيع عند ابى حنيفة ومحمد لأنه المدعي (١) .

فصل

٥٥٥٩ ـ وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لأنها تثبت زيادة الثمن (٢) .

٥٥٦٠ ـ واذا اختلف المشتري والبائع فأقام البينة البائع بالفين والمشتري بألف قضى ببينة البائع لأنه يثبت الزيادة .

---

(١) و (٢) مختصر الطحاوي ـ ص١٢٢

٥٥٦١ ـ وكذلك القول قوله فى الثمن اذا لم يكن بينة .

فصـــــل

العبرة بما أخذه البائع

٥٥٦٢ ـ والشفيع يأخذ الشفعة بما اخذه البائع ، دون ما أقر به المشـتري ، لأن بينة البائع قد اكذبته فيا قال وذكر .

٥٥٦٣ ـ وقال الشافعي يأخذ الشفيع بما أقر به المشتري .

فصـــــل

الحط من الثمن الأول والزيادة فيه

٥٥٦٤ ـ وقال اصحابنا : لو حط بعض الثمن أخــذ الشفيع بما بقى ، وان زاد على الثمن أخذ بالثمن الاول .

٥٥٦٥ ـ وقال الشافعي يأخــذ بالثمن الاول فى الفصــلين لأنه وقــع به عقد البيع .

٥٥٦٦ ـ وفرق اصحابنا بين حط بعض الثمن وبين حط الكل فى انه يأخــذ بأصل الثمن لانه لم يبق ههنا مايجوز ان يؤخذ به .

فصـــــل

اختلافهما في قيمة البناء

٥٥٦٧ ـ وان اختلفا فى قيمة البناءوما ذهب منها فالقول قول المشتري عندنا

٥٥٦٨ ـ وان أقاما بينة فالبينة بينة المشتري على حد قول محمد عن ابي حنيفة ،

وانه قياس قوله لانه ليس يقيم البينة على اقرار المشتري .

٥٥٦٩ ـ وعند ابي يوسف ان البينة بينة الشفيع على قول ابي حنيفة وأصله

الذي تقدم .

فصـــــل

بطلان الشفعة بموت الشفيع

٥٥٧٠ ـ واذا مات الشفيع بطلت الشفعة لانه اكبر من السكوت .

٥٥٧١ ـ وقال الشافعي لاتبطل وهو كخيار العيب .

فصـــــل

أخذ الأب الشفعة لولده الصغير

٥٥٧٢ ـ واتفق الجميع على ان للأب ان يأخذ الشفعة لولده الصغير .

٥٥٧٣ ـ واختلفوا هل له اسقاطها ؟

فقال ابو حنيفة وابو يوسف له ذلك .

٥٥٧٤ ـ وقال محمد وزفر ليس له ذلك .

٥٥٧٥ ـ ولو اشترى الاب داراً وابنه شفيعها بطلت الشفعة .

٥٥٧٦ ـ وتبطل بسكوته عن الطلب .

فصـــل

في الثمن المؤجل

٥٥٧٧ ـ وللشفيع في الثمن المؤجل ان يأخذ بثمن حال، او يصبر حتى يحل الأجل ويأخذ.

٥٥٧٨ ـ وقال الشافعي: يأخذه بمثل قيمة سلعة.

فصـــل

هل يقدم أحد الشركاء؟

٥٥٧٩ ـ ولا يقدم في الشفعة أحد الشركاء على غيره، وقال الشافعي يقدم الأخ على العم اذا كان ذلك ميراثا.

٥٥٨٠ ـ لأن الكل شفعاء.

فصـــل

المشتري شفيع

٥٥٨١ ـ والمشتري اذا كان شفيعاً فهو مثل سائر الشفعاء في ذلك، وكونه مشترياً لايمنع ان يأخذ بقسطه من المبيع.

٥٥٨٢ ـ وقال الشافعي لاشفعة له في احد قوليه لانه لايستحق على نفسه شفعة.

٥٥٨٣ ـ وتقصي ما في كتاب الشفعة فلا يمكن لطوله وكثرة فروعه وفي الذي ذكرت جملة من اصوله وإذ قد ذكرنا حكم بيوع الاعيان وما يترتب عليها من الكتب وختمنا ذلك بالشفعة، وكان ملك النكاح مثل ملك اليمين في الاباحة والحظر، وله احكام تترتب عليه وجب ان نذكره بعد ذلك.

كتاب النكاح

وهذا كتاب النكاح(١)

فصـــــل

الحاجة إلى النكاح

٥٥٨٤ ـ اعلم ان النكاح أمر دعت الحاجة اليه وبه قوام العالم ، وبقاء النسل وقد فعله الانبياء والصالحون والعلماء والعوام والاحرار والعبيد :

فصـــــل

النذب إليه

٥٥٨٥ ـ وهو مندوب اليه في الشرع عندنا .

---

(١) جاء فى لسان العرب فى مادة (نكح) :

نكح فلان امرأة ينكحها نكاحاً اذا تزوجهـــا ونكحها ينكحها باضعها ايضاً . وكذلك دحمها وخجأها :

الازهري : وقوله عز وجل :

« الزاني لاينكح الا زانية او مشركة ، والزانية لاينكحها الا =

فصـــــل

الوجوب

٥٥٨٦ ـ وقال احمد هو واجب (١)

٥٥٨٧ ـ ولو وجب على الانسان النكاح لكان لوجوبه وجه يعقل فى الشرع والعقل، ولكان من امتنع من ذلك ان يحكم عليه بالذم والقبح .

= زان او مشرك ، تأويله لا يتزوج الزاني الا زانية ، وكذلك الزانية لا يتزوجها الا زان .

وقد قال قوم : معنى النكاح ههنا الوطء ، فالمعنى عندهم : الزاني لا يطأ الا زانية والزانية لايطؤها الا زان .

قال : وهـذا القول يبعد ، لانه لايعرف شيء من ذكر النكاح فى كتـاب الله الا على معنى التزويج : قال الله تعـالى : « وأنكحوا الايامى منكم » فهذا تزويج لاشك فيـه ، وقال تعالى : « يا ايهـا الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات »

فأعلم ان عقـد التزويج يسمى النكاح . واكثر التفسير ان هـذه الآية نزلت فى قوم من المسلمين فقراء بالمدينـة ، وكان بها بغـايا زنين ويأخذن الاجرة ، فأرادوا التزويج بهن وعولهن، فأنزل الله عز وجل تحريم ذلك .

قال الازهري : أصل النكاح فى كلام العرب الوطء ، وقيل للتزويج نكاح لانه سبب للوطء المباح .

الجوهري : النكاح الوطء ، وقد يكون العقد ، تقـول : نكحتها =

فصـــل

الثناء على يحيى

٥٥٨٨ ـ وقد اثنى الله تعالى على يحي بن زكريا عليهما السلام بانه كان سيدا وحصورا ، والحصور من لم يعرف النكاح ؛

= ونكحت هي اي تزوجت . وهـــي ناكح في بني فلان ، أي ذات زوج منهم .

قال ابن سيده : النكاح البضع وذلك في نوع الانسان خاصـــة ، واستعمله ثعلب في الذباب .

نكحها ينكحها نكحا ونكاحاً .

ورجل نكحة ونكح كثير النكاح : وفي حديث معاوية :

لست بنكح طلقه أي كثير التزويج والطلاق ؛

وانكحه المرأة زوجه اياها وانكحها زوجها والاسم النكح والنكح .

وكان الرجل في الجاهلية يأتي الحي خاطباً فيقوم في ناديهم فيقول خطب ، اي جئت خاطباً ، فيقال له نكح ؛ اي قـــد انكحناك اياها .

ويقال نكح الا ان نكحا هنا ليوازن خطبا .

ونكحها الذي ينكحها وهي نكحته كلاهما عن اللحياني .

واستنكح في بني فلان تزوج فيهم . وحكي الفارسي : استنكحها كنكحها ؛

فصـــــل

عموم البلوى بالنكاح

٥٥٨٩ ـ وكتاب النكاح البلوى به عامة ، والخصائص فيه كثيرة ، ومذاهب

وفي سبل السلام (١٠٩/٣) النكاح لغة الضم والتداخل ، ويستعمل في الوطء وفي العقد ، قيل مجاز من اطلاق اسم المسبب على السبب وقيل انه حقيقة فيهما ، وهو مراد من قال انه مشترك وكثر استعماله في العقد فقيل انه فيه حقيقة شرعية ،

(١) الاصل في هذا الخلاف حديث « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه اغض للبصر واحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء » ، وقد جاء في سبل السلام (١٠٩/٣) « اختلف العلماء في المراد بالباءة ، والاصح ان المراد بها الجماع ، فتقديره من استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤنة النكاح فليتزوج ، ومن لم يستطع الجماع لعجزه عن مؤنته فعليه بالصوم ليدفع شهوته ويقطع شر ماله كما يقطع الوجاء : (اي) الاخصاء ... والامر بالتزويج يقتضي وجوبه مع القدرة على تحصيل مؤنته ، والى الوجوب ذهب داواد وهو رواية عن احمد ، وقال ابن حزم وفرض على كل قادر على الوطء ان وجد ان يتزوج او يتسرى ، فان عجز عن ذلك فليكثر من الصوم ، وقال انه قول جماعة من السلف . وذهب الجمهور الى ان الامر للندب .. »

الفقهاء مختلفة ، في فروعه واصوله ، ومواضع الجـواز والبطلان فيه ، وخلافه كثير ، وحجمه كبير ، ولابد من ذكر مسائل من كل باب ، وطرفاً من كل فن ، ومايفعله الحاكم فيه اذا وقعت الخصائم وتشاجر الزوجان ، ويقدم المجمع عليه مجملا والمختلف فيه مفصلا ومواضع الخصائم مبينا ان شاء الله .

ما أجمع عليه من النكاح اللازم

٥٥٩٠ ـ اجمع العلماء ان النكاح اذا عقده الولي على وليته ، وهو عـدل في دينه ، مرضي في قوله سليم من الموانع ، وقـد اذنت له في ذلك المولى عليها ، وحضر الشهود العدول ، ووجد لفظ النكاح والتزويج وذكر المهر والخطبة ونفى عن المهر الفساد والجهالة ، واستوفى قدر مهر المثل ، ووجدت الكفاءة في النسب والدين والحرية والقدرة على المهر والنفقة ، والزوجان ممن يجوز ان ينكح كل واحد منهما صاحبه ان النكاح جائز وحكمه لازم .

٥٥٩١ ـ وكلما انخرم من هـذه الشروط المذكورة شرط دخل الخلاف في ذلك .

٥٥٩٢ ـ ونحن نفصل هذه الشروط كلها ليعلم ان الجملة التي ذكرنا مجمع عليها وما عداها مختلف فيه .

فصـــل

الولاية في النكاح

٥٥٩٣ ـ واما الولاية (١) في النكاح على الحرة البالغة المكلفة ، فعند ابي حنيفة

---

(١) سند من ذهب الى شرط الولاية في النكاح حديث ابي بردة بن =

لا ولايــة عليها واذا زوجت نفسها من كفوء لزم ، وان كان النكاح من غير كفوء فللاولياء فسخه واجازته (١)

٥٥٩٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز النكاح بغير اذن الولي في الحالين ، ويقف النكاح اجازته ورده (٢) .

= موسى عن ابيه قال ، قال رسول الله (ص) « لا نكاح الا بولى » وحديث عائشة ان النكاح من غير ولى باطل . وقد جاء في سبل السلام (١١٧/٣) « اختلف العلماء في اشتراط الولى في النكاح ، فالجمهور على اشتراطه ، وانه لا تزوج المرأة نفسها ، وحكى عن ابن المنــذر انه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك . وقال مالك يشترط في حق الشريفة لا الوضيعة ، فلها ان تزوج نفسها وذهبت الحنفية انه لا يشترط مطلقاً ، محتجين بالقياس على البيــع ، فانهــا تستقل ببيع سلعتها .

(١) اخذ قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بقول ابي حنيفة في كون العاقلة البالغة لا ولاية لاحـــد عليها في الزواج (م ٤ و ٧ ف و ١) ايا كان مذهبها عند انعقاد العقد »

(٢) جاء في شرائع الإسلام للمحقق الحلي في صدد الولاية في النكاح « لا ولاية في عقد النكاح لغير الأب والجد لأب وان علا . . . وهل يثبت ولايتهما على البــكر الرشــيدة ؟ فيــه روايات اظهرها ســقوط الولاية عنها » .

وجاء ايضاً « اذا عضلها الولي ، وهو ان لايزوجها من كفء مــع رغبتها ، فانه يجــوز لها ان تزوج نفسها ، ولو كرها اجماعا . ولا ولاية لهما على الثيب مع البلوغ والرشد ، ولا على البالغ الرشيد » .

٥٥٩٥ ـ ولا فرق عندنا بين الثيب والبكر .

٥٥٩٦ ـ وفـرق بعض الفقهاء بين ذلك واجاز نكاح الثيب وابطل نكاح البكر ؛

٥٥٩٧ ـ ولا فرق بين الدنية والشريفة .

٥٥٩٨ ـ وقال مالك ان كانت شريفة لم يجز ، وان كان لا حسب لها جاز .

٥٥٩٩ ـ وقال الشافعي النكاح الى الرجال ولا يملك النساء عقده بحال على نفسها ولا غيرها بوكالة ولا ملك (١) ؛

فصـــل

كمال أهلية المرأة في العقود

٥٦٠٠ ـ واجمع الفريقان انها كالرجال في سائر العقود سوى النكاح .

٥٦٠١ ـ وانها يصح اقرارها بالنكاح .

٥٦٠٢ ـ وانها في الحد كالرجل الحرة كالحر والأمة كالعبد .

٥٦٠٣ ـ وانها تملك اسقاط مهرها واختيار اعيان الازواج ، وتملك بذل مالها في الخلع .

٥٦٠٤ ـ وانها في التكليف والرجل سواء الا في مواضع اختلفوا فيها .

٥٦٠٥ ـ والعلة عندنا انها مكلفة مالكة لامرها فلا يولي عليها .

---

(١) الأصل في هذا حديث لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها رواه ابن ماجه والدارقطني ورجاله ثقاة وجاء في سبل السلام (٣ / ١٢٠) فيه دليل على ان المرأة ليس لها ولاية في الانكاح لنفسها ولا لغيرها ، فلا عبارة لها في النكاح ايجاباً ولا قبولا . .

فصـــل

حق المرأة في الاعتراض على تزويجها

من غير كفوء

٥٦٠٦ ـ واتفق الفريقان ان الولي لو زوجها من غير كفوء ان لها الاعتراض عليه في الفسخ والاجازة .

٥٦٠٧ وقال الشافعي اذا زوج (الولي) من غير كفوء فالنكاح باطل .

٥٦٠٨ ـ وقال مالك الكفاءة في النكاح غير معتبره (١) .

٥٦٠٩ ـ وهو اختيار الكرخي من اصحابنا ، لانها لا تعتبر في الدماء .

٥٦١٠ ـ والجماعة بخلافه .

فصـــل

نكاح الأمة والصغيرة

٥٦١١ ـ واتفقوا جميعاً على انه لا يجوز نكاح أمة ولا صغيرة لانهما لا ولاية لهما على نفسهما ولا على غيرهما .

---

(١) لم يؤخذ بقول مالك على اطلاقه في الفقه المالكي فقد افتى سحنون بان للسلطان منع الأب من تزويج ابنته بمن ليس بكفء لها فجاء في البهجة في شرح التحفة للتسولي (٢٥٩/١) « قال سحنون في السليمانية : اذا أراد الأب ان يزوج ابنته مجنونا أو مجذوماً او ابرص أو أسود أو من ليس بكفء لها ، وأبت الأبنة ذلك ، كان للسلطان منعه ، لأن ذلك ضرر » وجاء ايضاً ان قول سحنون هذا احسن

فصـــــل

الآثار المروية في النكاح

٥٦١٢ ـ وقد زوج ابو بكر رضى الله عنه عائشة رضى الله عنهـــا ، وهي صغيرة بنت سبع وبنى بها النبي (ص) وهي بنت تسع .

٥٦١٣ ـ وزوج علي ام كلثوم من عمـــر بن الخطاب رضى الله عنهم وهي صغيرة .

٥٦١٤ ـ وهو قول اصحابنا والشافعي ومالك وعامة الفقهاء انه يجوز للاب تزويج الصغير والصغيرة (١)

٥٦١٥ ـــ وكان القياس عندنا انها تختار بعد البلوغ ، وهو قـــول الحسن وعطاء وقتاده والأصم وابن عليه .

٥٦١٦ ـ ولو كان لها خيار لخيرت عائشة رضى الله عنها .

---

(١) عـــدل قانون الاحـــوال الشـــخصية عـــن هـــذا القـــول فلم يعد للاب والجـــد الصحيح تزويج الصغير والصغـــيرة دون السادسة عشرة ، اما اذا بلغ المراهق أو المراهقة هـــذه السن كاملة وأدعى أحدهما البلوغ وطلب الزواج فقد جعل القانون المذكور أمر تزويجه للقاضي بعد التحقق من صدق دعواه وقابليته البـــدنية وبعد موافقة الولي الشرعي ، فان عقل الولى الصغير او الصغـــيرة ، طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له ، فان لم يعترض ، او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج » (م ٩ من قانون الاحوال الشخصية) .

فصـــــل

الأب والجد الصحيح في الولاية سواء

٥٦١٧ ـ والأب والجد في ذلك سواء عندنا وعند الشافعي .

٥٦١٨ ـ وقال مالك لايجوز الا نكاح الأب خاصة ، على الصغير .

٥٦١٩ ـ وهو قول عامر الشعبي .

٥٦٢٠ ـ لأن الجد أب في الشـــرع ، وكل حكم ثبت للأب فالجـــد مثله ، والحاجة داعية الى تصرف الجد بالمال وحفظـــه ، ولو لم يجز نكاح الجد لكان الأب مثله ، والشرع ورد بخلاف ذلك .

فصـــــل

الصداق[1]

٥٦٢١ ـ والصداق يكون على الأبن عندنا ، وهو قول الحسن وحماد وبه قال الشافعي ومالك .

٥٦٢٢ ـ وقال الشعبي على الأب العاقد دون الأبن .

٥٦٢٣ ـ ولا خلاف ان ثمن المبيع يكون في مال الصبي دون الأب .

فصـــــل

كفالة الأب الصداق

٥٦٢٤ ـ وعندنا لو كفل به الأب أخذ به ، لأنه دين ، وتصح الكفالة به ، فان اداه في صحته فهو متطوع به ، لايرجع على ابنـــه ، وان أداه

---

(١) الصدقة والصداق والصداق مهر المرأة وجمعها في ادنى العدد اصدقه والكثير صدق وهذان البنا آن انما هما على الغالب ، وقد اصدق المرأة حين تزوجها جعل لها صداقاً (وسمى لها صداقاً والصدقات جمـــع الصدقة في قوله تعالى وآتو النساء صدقاتهن نحلة (لسان العرب) .

وهو مريض ، أو أخـذ من تركته بعد موته احتسب ذلك مـن نصيب الابن .

٥٦٢٥ ـ وقال زفر لا يرجع به على الأبن في الحالين ، لأنه لزمه بغير اذنه .

فصل
تزويج غير الأب والجد
من العصب الصغير

٥٦٢٦ ـ وان كان المزوج للصغير والصغيرة غير الأب والجد من العصبات فالنكاح جائز ولهما الخيار بعد البلوغ عند ابي حنيفة ومحمد .

٥٦٢٧ ـ وكذلك اذا زوج الحاكم جاز وفى الخيار روايتان .

٥٦٢٨ ـ وفي جـواز تزويج ذوي الارحام ممن يرث خلاف رواية عن ابي حنيفة .

٥٦٢٩ ـ وقال الشافعي ليس لغير الأب والجد أن يزوج الصغيرة والصغير .

٥٦٣٠ ـ وقد زوج النبي صلى الله عليه وسلم بنت حمزة من عمر بن امسلمة(١) وهي صغيرة .

٥٦٣١ ـ ولا فـرق بين الأب والجـد وسائر العصبات بعد البلوغ ، وفى طلب الكفاءة .

٥٦٣٢ ـ وما للأب من المزية فى الاحـكام يوجب تقديمه على البعيد مـن العصبات كالميراث .

---

(١) هو سلمه ابن ابي سلمه عبدالله بن عبـد الاسد بن هلال بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومى وهو الذي زوج امه ام سلمة من رسول الله (اسد الغابة ج٢ص ٣٣٧ ، ج٥ ص ٤٠٠).

فصـــــل

تزويج الإبن أمه المجنونة

٥٦٣٣ ـ والأبن يزوج أمه المجنونة وان كان من غير العشيرة كما يرثها .

٥٦٣٤ ـ وقال الشافعـــي لا يزوج امه إلا ان يكون مولا لهــا او حاكما او من العشيرة .

٥٦٣٥ ـ وعنده ابن العم لا يزوج الصغيرة فكيف يزوج المجنونة ، فان قال انه لا يجوز ان ارتفع الخلاف في المسألة .

فصـــــل

اجتماع الأب والإبن

٥٦٣٦ ـ واذا اجتمع الأب والابن فالأبن أحق عند ابي يوسف .

٥٦٣٧ ـ وقال محمد الأب أحق لأنه اسبق بالولاية (١)

٥٦٣٨ ـ ومن اصحابنا من قال ايهما زوج جاز لأنه عصبة يرث كل واحد مع الآخر وان اختلفا في كيفية الارث .

فصـــــل

تقصيرها في المهر

٥٦٣٩ وان قصرت في مهرها فللأولياء الاعتراض عليها في ذلك ، فسـخ النكاح عند ابي حنيفة .

---

(١) يقول محمد أخذ الطحاوي في مختصره (ص ١٦٩) .

٥٦٤٠ ـــ وقال ابو يوسف ومحمد ليس لهم ذلك وهو قول الشافعي .

٥٦٤١ ـــ والخـــلاف يتحقق اذا اذن الولي لرجـل بان يزوج ورضيت هي بالصداق .

فصـــــل

تقصير الأب في مهر ابنته

٥٦٤٢ ـــ وقال ابو حنيفة اذا قصر الأب في مهر ابنته ، أو زاد في مهـــر الابن فهو جائز ويلزم ذلك .

٥٦٤٣ ـــ وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز ذلك ، ولا يجوز الا بمهر المثـل وما يتغابن الناس فيه (١)

٥٦٤٤ ـــ وهو قول الشافعي واختلف عنهما في تفسير لا يجوز فمنهم من قال عنهما لايجوز تسمية الصداق ويلزم مهر المثل كما لو لم يسم في العقد شيء ومنهم من قال العقد لا يجوز .

٥٦٤٥ ـــ لأن ابطال القسمة انما يصح تبعاً لأبطال العقد .

فصـــــل

خيار البلوغ

٥٦٤٦ ـــ وخيـــار الصغيرين اذا بلغا يكون خيار البلوغ ، فاذا اشهد في

---

(١) بقولهما اخذ الطحاوي في مختصره (ص ١٧٣)

المجلس الذي بلغها فيه (١) ورفع ذلك الى القاضي فرق بينهما وهما زوجان مالم يفـرق بينهما يتوارثان . ما لم يفـرق القاضي وان حصل الاختيار .

٥٦٤٧ ـ وقد روى ابن المبارك انه لا خيار لهما عند ابي حنيفة .

٥٦٤٨ ـ وهو قول ابي يوسف من غير خلاف عنه .

٥٦٤٩ ـ والخيار في المجلس في قولهم عند البلوغ فان سكتت البكر قليلا ولم تختر فسـخ النكاح جاز النكاح وبطل الخيار لأن سـكوتها بمنزلة الاذن .

٥٦٥٠ ـ وخيار الطلاق والعتق والعنة على المجلس ما لم يوجـد اعتراض كخيار القبول في البيع .

٥٦٥١ ـ وان قامت من المجلس بطل الخيار .

فصـــل

زعمت أنها لا تعلم أن لها الخيار

٥٦٥٢ ـ واذا علمت بالنكاح وقالت لم اعلم ان لي الخيار فلا خيار لها ، كما لو أقر الشفيع بالبيع وقال لا اعلم ان لي شفعة .

٥٦٥٣ ـ وكذلك الرد بالعيب .

---

(١) في المخطوطة : (بلغ) ومابين قوسين يقتضيه سياق الكلام .

فصــــل

زعمت أنها لم تعلم بالنكاح

٥٦٥٤ ــ وان قالت انا اعلم بان الخيار لمن زوجها غير الأب والجد ، ولكن لم اعلم بالنكاح فلها الخيار .

٥٦٥٥ ــ والقول قولها مع يمينها انها ماعلمت بالنكاح .

٥٦٥٦ ــ فاذا حلفت فلها الخيار عقيب ذلك. فان فسخت والا لزم النكاح.

فصــــل

اختلاف الزوجين في اختيارهما الفرقة

٥٦٥٧ ــ وان اختلفت هي والزوج بعد البلوغ فقالت اخترت الفرقة حين ادركت ، وقال الزوج لم تختاري ، فالقـــول قـــول الزوج لأن الاصل عدم الخيار .

٥٦٥٨ ــ والبينة بينة المرأة اذا شهدت لها بالفرقة ، ولها ان تستحلف الزوج على دعواها ، لأن الفرقة يصح بدلها عنـــد ابي حنيفـــة ، وتثبت بالأقرار عندهما .

فصــــل

ردت النكاح بعد البلوغ ثم رضيت

٥٦٥٩ ــ ولو قالت بعد البلوغ لا ارضى بالنكاح وقد اخترت الفرقة ، ثم

(١) الفرق بين هذه المسألة والسابقة عليها ان الجهل بحكم الشرع لا يقبل من مكلف والجهل بالواقعة يقبل .

رضيت قبل ان يفرق الحاكم جاز النكاح ، لأنها رضيت قبل الفرقة بالنكاح (١) .

فصل

سكوت الغلام

٥٦٦٠ ــ ولا يكون سكوت الغلام رضا بعد البلوغ ، ورضاه ان يرضى بقوله : رضيت او يطأ الزوجة فيكون رضا .

فصل

تكييف اختيار الفسخ

٥٦٦١ ــ وهي اذا اختارت أو اختار الفسخ (وقعت) فرقة بغير طلاق لأنها يستوي فيها الرجل والمرأة .

فصل

لا مهر مع اختيار الفرقة

٥٦٦٢ ــ ولا مهر لها ان لم يدخل بها ، سواء أكانت هي التي اختارت ، أو اختار الزوج (٢) .

فصل

دخل بها وهو صغير ثم اختار الفرقة

٥٦٦٣ ــ وان كان دخل بها وهو صغير ثم اختار الفرقة بعد البلوغ فعليه

---

(١) أي قبل الحكم بالفرقة بالنكاح .

(٢) لان هذه الفرقة ليست طلاقاً وانما هي نقض لعقد موقوف على الخيار.

المهر الذي سمى كائناً ما كان ، والفرقة بغير طلاق .

وسنذكر في كتاب الطلاق مايكون طلاقاً وما لايكون لان ذكره هناك اشبه بالموضع من ههنا .

فصـــل

٥٦٦٤ ـــ والاب اذا زوج ابنته او غيره من الاولياء وهي بكر ، واختلفت هي والزوج ، فقال الزوج بلغك النكاح فسكت ، وقالت بل بلغني فرددت ، فالقول قول المرأة عند ابي حنيفة ، ولا يمين عليها ، وعندهما اليمين عليها .

٥٦٦٥ ـــ وقال زفر القول قول الزوج لأن الاصل هو السكوت والرد طاريء .

٥٦٦٦ ـــ وابو حنيفة يقول الظاهر يدفع به دعوى الغير ولا يستحق به على الغير شيء . ولهذا مسائل كثيرة نظرت .

فصـــل

كيفية إجازة العقد

٥٦٦٧ ـــ وكل عقد وقف على الاجازة فاجازته انما تكون بقول المجيز او تمكنه من الوطء .

٥٦٦٨ ـــ وقد كان النبي (ص) اذا أراد ان يزوج بنتاً دنا من خدرها وقال : ان فلاناً يذكر فلانة فان سكتت زوجها .

فصـــل

إذنها صمماتها

٥٦٦٩ ـــ وقال « الايم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في (نفسها) واذنها صماتها » (١) .

---

(١) سنن النسائي (٦/٨٤) في رواية اخرى « واليتيمة تستأمر » وفي ثالثة «ليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها اقرارها »

وقال « سكوتها اقرارها » .

٥٦٧٠ ــ وقــد كان القياس ان لا يكون الســكوت اذنا ، وانما تركنــا ذلك للأثر .

فصــــل

بكاء البكر

٥٦٧١ ــ ولو بكت حين اعلمت فقد روى عن محمد انه يكون اذنا ؛

٥٦٧٢ ــ وقال غيره لايكون البكاء اذنا .

٥٦٧٣ ــ واتفق الجميع على ان الضحك اذن .

فصــــل

زوجها ولي بغير كفوء برضاها

٥٦٧٤ ــ واذا زوج أحد الاولياء من غير كفوء برضا الزوجة سقط حق من بقى من الاعتراض عند ابى حنيفة ومحمد لأنه حق لايتبعض .

٥٦٧٥ ــ وقال ابو يوسف لا يسقط ، ولمن بقى حق الفسخ .

٥٦٧٦ ــ وللشافعي قولان .

٥٦٧٧ ــ واتفق الجميــع على ان حق العقــد لكل واحد ، وانه اذا تولاه بعضهم سقط حق الباقين .

فصــــل

عند غيبة الولي الأقرب

٥٦٧٨ ــ والولي الاقرب اذا غاب جاز للولي الأبعد ان يزوج الصغيرين ،

ويتصور الخلاف في الأب والجد والاخ للأب والأم والاخ للأب

٥٦٧٩ ــ وقال زفر لا يجوز .

٥٦٨٠ ــ وقال الشافعي يزوج مع غيبة الولي الاقرب الحاكم .

٥٦٨١ ــ والخلاف لا يتصور مع الشافعي في امرأة بعينها ، لانها اذا كانت كبيرة فليس لاحد عليها ولاية ، وان كانت صغيرة فالحاكم لا يزوج الصغار عنده ، وقد اوضحت ذلك في كتاب الخلاف من والهادي الى النظر في المسائل وطلب الدلائل » .

فصل

عدالة الولي[1]

٥٦٨٢ ــ واما اعتبار العدالة في الولي فان الشافعي اعتبرها ، وقال : لاتجوز ولاية فاسق على ابنته واخته ، ومن أصحابه من قال ان كانت ولاية اختيار لم يناف الفسق ، وان كانت ولاية اجبار كالاب والجد نافي الفسق .

٥٦٨٣ ــ واعتبر بعضهم العدالة الباطنة والظاهرة .

٥٦٨٤ ــ وقال ابو حنيفة يجوز ان يكون الولي فاسقاً ووكيلا في النكاح .

٥٦٨٥ ــ واتفق الجميع على ان الرق والصغر والجنون يمنع الولاية .

٥٦٨٦ ــ وقال محمد بن الحسن والشافعي : السفيه لايكون ولياً في النكاح على ابنته .

---

(١) انظر في عدالة الولي بحث العدالة في الشهادة .

٥٦٨٧ ـــ وقال الجميع للاب الكافر ان يزوج ابنته الكافرة ، وجعل الكفر اقل من الفسق ٠

٥٦٨٨ ـــ واجاز الجميع ان يتزوج لنفسه وانه يملك الاعتراض عليها في الكفاءة ، وانه يستوفى القصاص ، ويجوز ان يكون وكيــلا في سائر العقود ، ويجوز ان يبيـع الامة ويشتري العبد ٠

الشهادة في النكاح

٥٦٨٩ ـــ واعتــبر اصحابنا في النكاح الشهادة ، وقالوا انها شــرط في الصحة (١) ٠

٥٦٩٠ ـــ وبه قال الشافعي ٠

٥٦٩١ ـــ وقال مالك : يجوز بغير شهادة كما يجوز البيع ، ويجــوز بشهادة الفاسق ، لانه يجوز بشهادة الكافر ٠

٥٦٩٢ ـــ وقال الشافعي لايجوز بشهادة فاسقين ٠

٥٦٩٣ ـــ ويجــوز ان ينعقد النكاح بما لايثبت به عنــد الحاكم كنكاح الكافــرين بشــهادة مثلهم ، ولا يثبت بالاقــرار ، ولا ينعقد به النكاح ٠

فصـــــل

٥٠٩٤ ـــ ويجوز بشهادة رجلين او رجل وامرأتين عندنا ٠

٥٦٩٥ ـــ وقال الشافعي لاينعقد بشهادة الرجال والنساء ولا يثبت ٠

٥٦٩٦ ـــ وكذلك الرجعة والوكالة والوصية والطلاق والعتاق وكل ماليس بمال ولا المقصود منه المال ٠

---

(١) إعتبــار الشهادة شرطاً في النكاح ـ خلافاً لسائر العقود ـ من مسائل الاجماع في الشهادة كما في الميزان الشعراني والافصاح لابن هبيرة في بحث الشهادة ٠

٥٦٩٧ . واجاز شهادة النساء في الرضاع مع الرجال ، وليس بمال ، وكذلك اذا شهدوا بالاسلام فقتل (١) .

فصل

أخبار النساء في النكاح

٥٦٩٨ ـ واخبار النساء في النكاح مقبولة ، وليس في اعتبار الشهادة والولي الا رواية النساء فكيف عمل بقولها في الأصل ولم يعمل به في الفرع .

فصل

٥٦٩٩ ـ واذا شهد ذميان في نكاح كافرة ومسلم جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف .

٥٧٠٠ ـ وقال محمد لا ينعقد .

٥٧٠١ ـ وهو قول الشافعي .

٥٧٠٢ ـ وهذه المسئلة تبنى على جواز شهادة الكافر على الكافر ، وهو الذي يحتاج اليه في الاباحة .

فصل

ألفاظ النكاح

٥٧٠٣ ـ واما اعتبار لفظ التزويج والانكاح فعندنا ينعقد بهما النكاح ،

---

(١) كذا في النسختين وما بين حرف القاف واللام حرف غير منقوط فيهما .

وبكل لفظ يملك به رقبة الأمة ، فانه ينعقد النكاح لأن المقصود ان يملك بلفظ يفيد الملك .

٥٧٠٤ ـ وفي الاجارة خلاف رواية عن ابي الحسن الكرخي رحمه الله .

٥٧٠٥ ـ وقال الشافعي لا ينعقد بغير لفظ النكاح والتزويج لأنه وضع للنكاح .

٥٧٠٦ ـ واتفق الفريقان على انه يجوز ان يطلق ويعتق ويبيع ويرهن ويشارك ويساقي بغير اللفظ الموضوع للعقد .

فصـــل

النكاح بغير العربية

٥٧٠٧ ويجوز بغير لفظ العربية وسائر اللغات وان كان يحسن العربية .

٥٧٠٨ ـ وقال الشافعي لايجوز بغير لفظ العربيـة لمن يحسن ذلك ، وفيمن لا يحسن وجهان في الجواز .

٥٧٠٩ ـ واتفق العلماء على انه يجوز ان يقر بالنكاح بغير العربية ويوكل (١) ويبيع ويعقد سائر عقوده .

فصـــل

لا نكاح بغير بدل

٥٧١٠ ـ واجمعوا على انه ليس لأحد بعد النبي صلى الله عليـه وسلم ، ان ينكح بغير بدل في العقد ، وسنذكر كتاب الصـداق وما فيـه ان شاء الله .

---

(١) في النسختين يؤمن .

فصـــــل

تمهيد لما يحل ويحرم من المنكوحات

٥٧١١ ـ واختلف العلماء فى مواضع اباحة النكاح وجوازه فى الاعيان دون الشروط في العقد وأجمعوا على مواضع في التحريم ومواضـــع في الصحة واختلفوا في المواضع الأخر ، فمنهم من يلحق ذلك بالمحرم ومنهم من يلحق ذلك بالمحلل . والأصل في ذلك ما نذكره .

باب

ما يحرم من المنكوحات

٥٧١٢ ـ ذكر الله تعالى فى كتابه اربعة عشر ضرباً من المحرمات : لأربع عشرة امرأة سبعة من جهة النسب وسبعة بالسبب .

فصـــل

الحرمة من جهة النسب

٥٧١٣ ـ فقال :

« حرمت عليكم امهاتكم » (١)

فالأم حرام بنص الكتاب والسنة وامهاتها الى آدم حرام من جهة الآباء والامهات وكذلك امهاتها من جهة الرضاعة (٢) حرام بالسنة والاجماع فيما عدا الأم . (٣)

---

(١) النساء ٢٣ ـ ٢٥

(٢) الرضاع بفتح الراء وكسرها لغة مص الولد ثدى الأم واصطلاحاً مص الرضيع اللبن (رسالة لأبن نجم في حدود الفقه منشورة في آخر الاشباه والنظائر مع غمز عيون البصائر (ص١١٩) .

(٣) اي انها حرام بنص القرآن .

٥٧١٤ ـ ثم قال :

« وبناتكم »

فالبنت حـــرام بنص القرآن وأولاد البنين والبنات حـــرام بالسنة والاجماع الى آخر النسل .

٥٧١٥ ـ ثم قال :

« واخواتكم »

فالأخت حرام بالنص ، ولا فرق بين الاخت من الأب أو الام او منهما (وما ولدن وان سفلن عليه حـــرام ، وكذلك اخته من الرضاع وما ولدت وان سفلن) (١)

٥٧١٦ ـ ثم قال :

« وعماتكم »

فالعمة حـــرام بنص القرآن وعماتهـــا وخالاتها وامهاتها حـــرام بالاجماع والسنة .

٥٧١٧ ثم قال :

« وخالاتكم »

فالخالة حرام وخالاتها وامهاتها بالاجماع والسنة .

٥٧١٨ ثم قال :

« وبنات الاخ وبنات الاخت »

واجمع العلماء ان بنت العمة والخالة حـــلال ، وان بنت الأخت

---

(١) مابين قوسين من مختصر الطحاوي (ص١٧٦)

وبناتها حرام وكذلك بنات الأخ وبنات بناله وبنات بنيه حرام.
فهؤلاء حرام من جهة النسب .

فصــــل

الحرمة من جهة السبب

٥٧١٩ ـ واما السبب : فقوله :

« وامهاتكم اللاتي ارضعنكم ».

فالأم من الرضاعة حرام بالنص . والقول في امهاتها كالقول في أم النسب ، وكذلك بنالها ، لأنه عليه السلام قال :

« يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (١)

٥٧٢٠ ـ والأخت من الرضاعة كالأخت من النسب وأولادها كأولادها .

٥٧٢١ ـ واجمعوا على ان اولاد الاخ من الرضاعة مثل النسب وان أولاده كأولاده سواء في التحريم .

٥٧٢٢ ـ ثم قال :

« وامهات نسائكم » فحرمت أم الزوجة بالنص وامهاتها حـــرام بالاجماع الى آدم ، ولا فرق عندنا بين ان يكون دخل بالبنت أو لم يدخل بها لأنها مبهمة . (٢)

---

(١) سنن النسائي ٦/٩٩ وروى ايضاً « يحـــرم من الرضاع ما يحـــرم من الولادة .

(٢) في النسختين : بالام وهو غلط والصواب ما اثبتناه .

٥٧٢٣ ـ وهو قول ابن عباس وابن مسعود ، وبه قال عامة الفقهاء .

٥٧٢٤ ـ ومن التابعين من قال : اذا لم يدخل بالبنت لم تحرم عليه بالعقد ، وجعل شرط الدخول يرجع الى الجميع ، ولو رد الى الجميع لفسد الكلام لأنه يصير « وربائبكم من نسائكم » وهذا يفسد الكلام

٥٧٢٥ ـ واجمعوا على ان الأمة المشتراة لا تحرم (امها) بنفس الشـــراء ، وانه اذا دخل بأمة ان امها حرام عليه كالحرة .

٥٧٢٦ ـ ثم قال :

« وربائبكم اللاتى في حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم »
فالربيبة حرام بهذه الشرائط المذكورة .

٥٧٢٧ ـ وان كانت فى غـــير حجره فكذلك ايضاً ، وانما خـــرج الكلام على المعتاد .

٥٧٢٨ ـ ومن السواد من الفقهاء من قال : اذا لم تكن فىحجره يجوز ، وهذا ظاهر الفساد .

٥٧٢٩ ـ ثم قال :

« وحلائل ابنائكم »
فزوجة الابن حرام بالنص على أبيه .

٥٧٣٠ ـ واجمع العلماء ان سائر الاجداد مثل الاب فى ذلك .

٥٧٣١ ـ واجمعوا على انه لو وطيء أمة انها تحرم على الآباء كالزوجة .

٥٧٣٢ ـ واجمعوا ان أولاد البنات والبنين في ذلك سواء .

٥٧٣٣ ـ وقوله :

« من اصلابكم »

٥٧٣٤ ـ ليخرج من ذلك اولاد التبني كزيد بن حارثة . (١)

٥٧٣٥ ـ والما فرض الله تعالى نكاح امرأة زيد على رسول الله (ص) واوجبه عليه لتقتدي به الأمة في ذلك ، ولهذا قال « لكيلا يكون على المؤمنين حرج في ازواج ادعيائهم اذا قضوا منهن وطراً ، وكان أمر الله مفعولا .

٥٧٣٦ ـ ثم بين ان نبيه كان يكره ذلك ويمتنع منه طبعاً بقوله :

٥٧٣٧ ـ « ما كان على النبي من حرج فيما فرض الله له » يعني عليه .

ثم قال :

« سنة الله في الذين خلوا من قبل »

٥٧٣٨ ـ ثم قال :

« وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف »

فالجمع بين الاختين حرام في عقد النكاح .

٥٧٣٩ ـ واجمعوا ان ملك اليمين مثل ذلك ٢)

---

(١) كان التبني معروفاً في الجاهلية وقد تبنى النبي (ص) زيد بن حارثة عملا بذلك العرف ثم ابطل التبني بعد ذلك بآية « ادعوهم لآبائهم » (انظر قصة هذا التبني في خزانة الادب للبغدادي - المطبعة السلفية ج ٣ ص ٢٦٦ ــ ٢٦٧) .

(٢) انظر الموطأ رواية محمد بن الحسن الشيباني (ص١٨٠) باب الرجل يجمع بين المرأة وابنتها وبين المرأة واختها في ملك اليمين (الرقم٥٣٦-٥٣٧)

٥٧٤٠ ـ وقد خالف في ملك اليمين مخالفون ، ولو جاز ذلك في الاختين لجاز في الأم والابنة .

٥٧٤١ ـ وقوله :

« الا ما قد سلف » يعني في الجاهلية .

٥٧٤٢ ـ وقال في آية اخرى :

« ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء (١) فهذه السابعة .

٥٧٤٣ ـ وقال :

« والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم (٢)

فهذا في ازواج الكفار اذا سبين وقعت الفرقة بينهم وحللن لنا .

٥٧٤٤ . ثم قال :

« كتاب الله عليكم »

أي اقتدوا بما حرمت وحللت ولاتفعلوا غيره ؛

٥٧٤٥ ـ ثم قال :

---

(١) في سنن النسائي (٦/١٠٩ــ١١٠) « عن البراء قال لقيت خالي ومعه الراية ، فقلت اين تريد ؟ قال ارسلني رسول الله (ص) الى رجل تزوج امرأة ابيه من بعده ان اضرب عنقه أو اقتله » وفي رواية اخرى عنه « ان اضرب عنه وآخذ ماله » .

(٢) وهنا يخطر لنا سؤال مهم في هذا الصدد فهل ينطبق حكم هذه الآية في عصرنا هذا على الحروب التي تقع بين دولة مسلمة واخرى غير مسلمة وهل يحل لجنود الدولة المسلمة ان يملكوا نساء جيش العدو غير المسلمات وان يدخلوا بهن دخولا مشروعاً ؟ ام يقال بان=

« وأحل لكم ماوراء ذلك »

بشرط ان لايكون في معنى ماحـــرم علينا ، فمتى كان في معناه فهو حرام مثله .

= حكم هذه الآية مبني على عرف العصر الذي نزل فيه القرآن حيث كانت جميع الدول المعاصرة للدولـــة الإسلامية في عصر البعثـــة تفعل بالأسيرات مثل ذلك الفعل ، فكانت جيوش الدول غير المسلمـــة تستبيح الأسيرات من نساء المسلمين بمجرد الأسر اذ كن يعتبرن بالأسر مملوكات لهن كما تعتبر نساؤهم بالأسر مملوكات للمسلمين ، فلما تغير العرف الدولي في عصرنا هـــذا وجب القول بأن حـــكم الآية وان لم يتغير الا ان تغير العرف الدولي جعل احد شـــروط تطبيقه مفقوداً فلم يعد جائزاً تملك الاسيرات غير المسلمات بمجرد الأسر وانما تملك حجزهن فحسب كما لايملكون الاسيرات من رعايا الدولة الاسلامية وانما يملكون حجزهن فقط وبذلك لاتنفسخ عقود الزواج بين الأسيرات وبين ازواجهن في معسكر الفريقين فـــلا ينطبق حـــكم الآية الكريمة الا إذا خالف جيش العدو العرف وأباح لجنـــوده تملك الاسيرات من المسلمات والتزوج بهن .

ولا يمكن الرد بأن العرف لا يغير نص القرآن لأن حـــكم الآية مشروط ببقاء العرف القديم وعدم تجاوز العرف الدولي الجديد ، فأن التزم العدو به فحكمة النص تقضي بأن لا يطبق على الحروب الحديثة وهذا شبيه بالآية المتعلقة بالمؤلفة قلوبهم فقد اجتهد الامام العادل عمـــر ابن الخطاب (رض) عنه فوجد ان حكمتها موقتة وان حكمها =

فصـــــل

عدم الجمع بين المرأة وعمتها أو بينها وخالتها

٥٧٤٦ ـ وقد روى عن النبي (ص) انه قال :

« لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا بنت اختها ولا بنت أخيها ، ولا تسأل المرأة طلاق اختها لتكفي ما في صفحتها ، فأن الله هو الرزاق (١) .

= مرهون بالحاجة الموقتة وبمقدار تحقق شروط الحاجة ، فلا تنطبق الا اذا تجددت الحاجة ، فإذا انتفت فــلا نلتزم « بتأليف قلوب » خــاوية على ايمانها. من هذا المثال يتضح لنا ضرورة تجديد احكام السير أي قواعد القانون الدولي ، بمراعاة روح التشريع الاسلامي من جهــة ولتغير العرف الدولي من النقيض الى النقيض حيث اصبح الاصل في العلاقات الدولية في عصرنا هــذا قيامها على السلم والتعاون وتبادل المصالح ومراعاة مباديء المرؤة والعدل ، وعدت الحرب شذوذاً على ذلك فوجب معاملة الدول الاخرى على اساس من المقابلة بالمثل وهو مبدأ يقره الاسلام وعلى اساس منه فرض سيدنا عمر بن الخطاب (ر) الضريبة على التجار الوافدين الى دار الاســلام . ويمكن ان نلمس قاعدة التعايش السلمي بين الشعوب المؤمنة بالسلام في قولــه تعالى « تعالوا الى كلمة سواء » فإن مطلق هذه الآية لا يمكن التسلم بنسخه بفرض الجهاد على المسلمين لأن للجهاد شروطاً واحكاماً وظرفاً فهو مقيد بكل ذلك .

(١) في سنن النساء عن ابي هريرة ان رسول الله (ص) نهى عن اربــع نسوة يجمــع بينهن المرأة وعمتها والمرأة وخالتهــا (٩٧/٦) في سنن النساء) .

٥٧٤٧ ـ ومن اصحاب الظاهر من قال يجوز الجمع .

٥٧٤٨ ـ وهو مذهب الخوارج .

٥٧٤٩ ـ والصحيح عند الفقهاء هو المنع .

٥٧٥٠ ـ والقاعدة عندنا ان كل امرأتين لو كان واحد منهن رجلا لم يجز ان يتزوج بالاخرى فأن الجمع بينهما لا يجوز .

فصـــــل

لا يجمع بين أكثر من أربع حرائر

٥٧٥١ ـ واجمع علماء الأقطار على أن لا يجمع بين اكثر من اربع حرائر لان النبي (ص) فرق بين غيلان وبين ما زاد على اربع نسوة (١) .

٥٧٥٢ ـ وقال من لا يعتد بخلافه يجوز ذلك المتسع ، وهذا خلاف السنة المروية .

---

(١) فى الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني : قال رسول الله لرجل من ثقيف اسلم وكان عنده عشر نسوة : « امسك اربعاً ايتهن شاء ، ويفارق مابقى » واما ابو حنيفة فقال : نكاح الاربع الاول جائز ، ونكاح مابقى منهن باطل ، وهو قول ابراهيم النخعي . (الموطأ ص١٧٨ الرقم ٥٣٠) وانظر ترجمة غيلان بن سلمة في اسد الغابة ١٧٢/٤ .

فصـــل

تزوج امرأة في عدة أختها

٥٧٥٣ ـ واذا تزوج امرأة فى عدة اختها او اربعاً سواها فالنكاح جائز عند الشافعي اذا كان الطلاق بائناً ، وان كان رجعياً لم يجز .

٥٧٥٤ ـ وقال اصحابنا لا يجوز فى الفصلين لأن العـدة كالنكاح فى حق الزوجة فكان النكاح في حق الزوج كالطـلاق الرجعي لأنه يجمع ماله في رحم اختين وهذا لايجوز .

٥٧٥٥ ـ وان قال اخبرتني بانقضاء عدتها جاز ان يتزوج باختها او أربع سواها عند ابي حنيفة وصاحبيه .

٥٧٥٦ ـ وقال زفـر لا يجـوز له ذلك وان كانت قالت ذلك في وقت لا يمكن انقضاء العدة (فيه) لم يجز في قولهم جميعاً .

فصـــل

نكاح المشركة والوثنية إلخ

٥٧٥٧ ـ ولا يجوز نكاح مشركة ولا وثنية ولا مجوسـية ولا مرتدة بنكاح ولا ملك يمين .

٥٧٥٨ ـ وفي المجوسية خلاف ابي ثور وهو شاذ من الفقهاء (١)

---

(١) في مذهب الشيعة الامامية الاثنا عشرية قول بجواز نكاح المجوسية وان يكن التحريم هو اشهر الروايتين عندهم (شـرائع الاسـلام للمحقق الحلي ١٩/٢) .

فصـــل

نكاح الكتابيات

٥٧٥٩ ـ ويجوز نكاح الكتابية نصرانية كانت أو يهودية .

٥٧٦٠ـ ومنهم من قال لا يجوز (١) .

وقال الشافعي لا يجوز الا نكاح الاسرائيليات وحـدهن ، فخص العموم بغير دلالة ، وسوى بين الجمع في اباحة الطعام .

٥٧٦١ ـ ويجوز وطء الأمة الكتابية بملك اليمين والنكاح .

٥٧٦٢ ـ وقال الشافعي يجوز بملك اليمين ولا يجـوز في النكاح ، وسوى الجميع بين المسلمة في النكاح والملك وبين الوثنية في النكاح والملك انه لا يجوز ، وفرق هو في الكتابية .

فصـــل

الجمع بين حرة وأمة

٥٧٦٣ ـ واجمع الفقهاء المشهورون انه لا يجوز الجمع بين حرة وأمـة في عقد للنكاح ، وانه اذا فعل ذلك بطل نكاح الأمة .

٥٧٦٤ ـ وقال سواد منهم يجوز الجمع كما يجوز في الحرائر لأن كل واحـد يجوز في حالة الانفراد .

---

(١) في شرائع الاسلام ان مثل هذا الخلاف وارد في فقـه الامامية فقد جاء فيه : في تحريم الكتابية من اليهود والنصاري روايتان اشهرها المنع في النكاح الدائم (١٩/٢) .

٥٧٦٥ ـ وقال الشافعي اذا جمع بينهما بطل العقد في الحرة ايضاً ، وعندنا لا يبطل في الحرة .

٥٧٦٦ ـ لأنه لا يجوز ادخالها على الأمة .

فصـــل

زواج الأمة

٥٧٦٧ ـ ويجوز تزوج الأمة وان كان قادراً على تزوج حرة .

٥٧٦٨ ـ وقال الشافعي لايجوز الا بشرطين عدم طول (١) حرة وخوف العنت ، (٢) لأن الله شرط ذلك .

٥٧٦٩ ـ وعندنا الآيةعلى بيان الاولى ولهذا شرطان لا تكون ذات خدن (٣) ولا مسافحة .

---

(١) الطول القدرة على المهر وقوله تعالى « ذي الطـول لا اله الا هو » أي ذي القدرة ، وقيل الطول الغنى والطول الفضل (لسان العرب) .

(٢) العنت : دخول المشقة على الانسان ولقاء الشدة ، يقال اعنت فلان فلاناً ، اذا ادخل عليـه عنتاً أي مشقة .. قال ابن الاثير : العنت المشقة والفساد والهلاك والأثم والغلط والخطأ والزنا ، كل ذلك قـد جاء واطلق العنت عليه (لسان العرب) .

(٣) في لسان العرب الخدن الصديق ، وخدن الجارية محدثها ، وكانوا في الجاهلية لا يمتنعون من خدن يحـدث الجارية فجاء الاسـلام يهدمه ، والمخادلة المصاحبة .

٥٧٧٠ ـ والطول عندنا ان تكون تحته الحرة لأنه بذلك تحصل القدرة ٠

فصـــــل

الجمع بين أربع من الأماء

٥٧٧١ ـ ويجوز ان يجمع الحر بين اربع من الاماء ٠

٥٧٧٢ ـ وعنده لايجوز وان وجد الشرط ٠

فصـــــل

تزوج الحرة على الأمة

٥٧٧٣ ـ ويجوز ان يتزوج حرة على أمـــة ، وقال ابن عباس اذا فعل ذلك بطل نكاح الامة ٠

٥٧٧٤ ـ ولا فرق عندنا بين الحر والعبد في ذلك ٠

٥٧٧٥ ـ وقال الشافعي للعبد ان يجمع بين أمتين وبين حرة وأمة ٠

٥٧٧٦ ـ ولو كان في العبد لكان في الحر اجوز

فصـــــل

إذن المولى للعبد في الزواج

٥٧٧٧ ـ ولا يتزوج العبد بغير اذن مولاه ٠

٥٧٧٨ ـ وقال مالك يجوز ، وهو قول اهل الظاهر ٠

٥٧٧٩ ـ لان العبد مملوك كالأمة ٠

فصـــــل

لا يجمع العبد بين أربعة

٥٧٨٠ ـ ولا يجوز له (للعبد) ان يجمع بين اربعة (وقال مالك رحمه الله يجوز) (١).

٥٧٨١ ـ لانه ناقص من الحر في الاباحة ، ولا يملك مازاد على اثنين لانه بنصف مايجوز للحر مما يقبل ذلك .

فصـــــل

إجبار الأرقاء على الزواج

٥٧٨٢ ـ ويجـــوز اجبـــار الارقاء كلهم على النكاح الا المكاتبين الصغار والكبار .

٥٧٨٣ ـ وقال الشافعي لايجوز اجبار العبد ويجوز اجبار الامة .

٥٧٨٤ ـ وفي الصغير وجهان لهم .

٥٧٨٥ ـ لان العقد في حق المولى يقع حكمه لا فيما يملكه العبد فهو كالأمة

٥٧٨٦ ـ وقد روى الطحاوي في المختصر في العبد مثل قول الشافعي (رحمه الله) (٢).

---

(١) ما بين قوسين من نسخة تونس . وانظر بداية المجتهد ٢ / ٢٣ وفيها « قال مالك في المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعاً ، وبه قـــال اهل الظاهر ، وقـــال ابو حنيفـــة والشافعي لا يجـوز له الجمـع الا بين اثنين فقط » .

(٢) من نسخة تونس .

فصـــــل

إقرار المولى على عبده بالنكاح

٥٧٨٧ ـ ولو اقر المولى على عبده بالنكاح لم يجز عند ابي حنيفة .

٥٧٨٨ ـ وجاز عند ابي يوسف ومحمد ، سويا بين العبـــد والامة ، وفرق هو في ذلك .

٥٧٨٩ ـ وقد روى عن ابي حنيفة مثل قولهما ، وروى عنه انه قال في العبد يقبل وفي الامة لا يقبل لانه فــرج ، حكى الرواية ابو الليث في خلافه لاصحابنا .

٥٧٩٠ ـ واتفقت الرواية عنه ان المولى لايقبل اقراره في الصغير والصغيرة ويقبل عقده .

٥٧٩١ ـ وكذلك وكيل المرأة (١) والزوج لا يقبل اقراره عنده ؛

٧٥٩٢ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يقبل الجميع .

فصـــــل

حكم من ذهبت بكارتها في الإذن

٥٧٩٣ ـ وقالوا : لو ذهبت بكارة الحرة بطول الزمان او وثبة فهي بحكم البكر في السكوت انه اذن منها ، ولو ذهبت بما يجب به المهــر فهي ثيب في الاذن

٥٧٩٤ ـ واختلفوا في الزنا فقال ابو حنيفة هي كالبكر .

٥٧٩٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد هي كالثيب ، وهو قول الشافعي :

---

(١) في نسخة تونس (الوكيل) بدلا من (وكيل المرأة) .

٥٧٩٦ ـ لان هذا وطء ولا يتعلق به حكم من احكام النكاح .

فصــــــل

إجبار الأمة في عيوب الزوج

٥٧٩٧ ـ وان زوج أمته من ابرص او مجذوم فلاخيار لها عندنا ؛

٥٧٩٨ ـ وقال الشافعي لها الخيار .

وان وجدته مجنوناً او عنيناً فالخيار الى المولى عند ابي حنيفــه وزفر ولا خيار لها ،

٥٨٩٩ ـ وقال ابو يوسف الخيار لها دون المولى ؛

فصــــــل

تزوجت على أنها حرة

٥٨٠٠ ـ ولو تزوجت على انهــا حرة فاذا هي امة فالنكاح باطل ولا يجوز إلا ان يجيزه المستحق .

٥٨٠١ وما ولدت قبل ذلك فهو حر ، وعلى الزوج قيمــة ما هو حي من الأولاد دون الميت، ويرجع به على الغار له كائنا من كان فإن كانت هي التي غرت رجع عليها بعد العتق .

فصــــــل

شرط في النكاح على أنه حر إلخ . .

٥٨٠٢ ـ واذا شرط في النكاح انه حر ، فكان عبداً قــد أذن له مولاه ، او

من عشيرة فكان من غيرها او بكراً وكانت ثيباً ، او وجد بخلاف ما شرط فالنكاح جائز .

٥٨٠٣ وقال الشافعي وهو باطل في أحد قوليه لان المعقود عليه ليس هو عين الزوج (١) عندنا .

فصل

إجبار أم الولد والمكاتبة على النكاح

٥٨٠٤ ـ ويجوز اجبار ام الولد على النكاح .

٥٨٠٥ ـ وقال الشافعي لا يجوز .

واتفقوا على انه لا يجوز في المكاتبة .

فصل

تزوج أخت أم ولده في عدتها منه

٥٨٠٦ ـ ولا يجوز ان يتزوج اخت ام ولده في عدتها منه من العتق .

٥٨٠٧ ـ وقال الشافعي يجوز، لأن عدتها اقوى من فراشها لأنه لا يملك ان ينقله الى غيره .

فصل

إعفاف العبد والأب

٥٨٠٨ ـ ولا يجب على المولى اعفاف عبده ، ولا يجوز على الإبن اعفاف الأب .

---

(١) في نسخة تونس (المزوج) .

٥٨٠٩ ـ وقال الشافعي يجب في ذلك ولا يجب في الام والأبن بإجماع .

فصـــــل

من له أب في الإسلام

٥٨١٠ ـ ومن له أب في الإسلام فغير كفوء لمن له آباء ؛

٥٨١١ ـ وقال الشافعي هما سواء في الكفاءة (١) .

فصـــــل

تزوج الأب جارية الإبن إلخ..

٥٨١٢ ـ ويجوز للأب ان يتزوج جارية ابنه .

٥٨١٣ ـ وقال الشافعي لا يجوز .

٥٨١٤ ـ واتفقوا على ان المولى لا يجوز ان يتزوج بجارية المكاتب ، ويجوز للمكاتب ان يتزوج بجارية المولى؛

٥٨١٥ ـ وان زوج ابنه من مكاتبته او بنته من مكاتبه ثم مـــات لم ينفسخ النكاح عندنا (٢) ؛

٥٨١٦ ـ وقال الشافعي ينفسخ لانه لا يجوز في هذه الحالة عقده .

٥٨١٧ ـ وقد يجوز ان يبقى النكاح في حال لا يجوز ان يبدأ كنكاح الامة اذا تزوج حرة وكما لو قدر على نكاح حرة بعد الامة .

---

(١) لم يرد هذا البند في نسخة تونس .

(٢) لم يرد هذا البند والبنود الاربعة اللاحقة عليه في نسخة تونس .

فصـــــل

المكاتب يشتري زوجته

٥٨١٨ ـ والمكـاتب اذا اشترى زوجتـــه والمأذون لـــه في التجـــارة لم يبطل النكاح .

٥٨١٩ ـ وقال الشافعي يبطل . والعلة في الجميـع انه ما ملك به الزوجـــة ملكاً تاماً .

فصـــــل

العزل عن الزوجة الأمة

٥٨٢٠ ـ واذا عزل عن الزوجة الأمة فالأذن الى المولى عند ابي حنيفة ومحمد.

٥٨٢١ ـ وقال ابو يوسف اليها .

٥٨٢٢ وقال الشافعي يعزل بغير اذن احد .

٥٨٢٣ ـ لان الحق للولي في الولد فهو كالحرة في حق الإذن .

فصـــــل

أعتقت تحت عبد أو حر

٥٨٢٤ ـ واذا اعتقت(١) تحت عبد او حر فلهـــا الخيار في فسخ النكاح والبقاء عليه .

٥٨٢٥ ـ وقال مالك والشافعي لاخيار لها ان كان حراً ولها في العبد الخيار (٢).

---

(١) في نسخه تونس : (والامة اذا اعتقت) .

(٢) في نسخة تونس زيادة (في احد قوليه وفي الآخر النكاح باطل وان كان الحمل منها) .

٥٨٢٦ ـ وقال او تزوجت حرة رجلا على انه حر فكان عبداً او عبد فكان حراً ان لها الخيار فى احد قوليه ، وفى الآخر النكاح باطل وان كان اكمل منها .

فصـــل

بيع الأمة المزوجة

٥٨٢٧ ـ وبيـع الأمة المزوجة جائز والنكاح باق .

٥٨٢٨ ـ وقال ابن عباس والاعمش بيع الأمة طلاقها .

٥٨٢٩ ـ ولو بطل النكاح لماخير رسول الله صلى الله عليه وسلم (بريرة)(١) فى النكاح .

٥٨٣٠ ـ وان اختارت وهي معتدة زوجها او الفرقه صح خيارها ، خلاف الشافعي لا يصح .

فصـــل

مكاتبة تزوجت بإذن المولى

٥٨٣١ ـ والمكاتبـة اذا تزوجت باذن المولى ثم اعتقت بالاداء او العتاق من سيدها ، فلها الخيار لان العقد تم عليها ، وهي لا تملك نفسـها .

٥٨٣٢ ـ وقال زفر لا خيار .

٥٨٣٣ ـ واتفق اصحابنا على ان الأمة او تزوجت بغير اذن المولى ان النكاح موقوف على اجازته ، فان اعتقت جاز النكاح ولا خيار لها .

---

(١) ما بين قوسين من نسخة تونس .

فصـــــل

انتقال الإجازة

٥٨٣٤ ـ والاجازة يجوز ان تقف على واحد وتنتقل الى آخر عندنا ، وقال زفر لا يجوز لان الخيار لا يورث.

فصـــــل

ما يدخل تحت إذن المولى بالتزوج

٥٨٣٥ والمولى اذا اذن لعبده بالتزوج ، دخل فى اذنه الصحيـــح من المباح والفاسد عند ابي حنيفة .

٥٨٣٦ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يدخل الفاسد فى الاذن .

فصـــــل

للمكاتب تزويج الأمة . . إلخ

٥٨٣٧ ـ والمكاتب يزوج الأمة دون العبد وكذلك ابوالصبي والصبي المأذون والمضارب ، وقال ابو يوسف يجوز الجميـــع اذا كان من التجارة وللصبي ، وقد روي عن ابي حنيفة حكاه ابن كاس فى الخلاف(١).

فصـــــل

النكاح المقترن بشرط والمعلق عليه

٥٨٣٨ ـ واذا تزوج بشرط صح النكاح وبطل الشرط .

---

(١) فى نسخة قليج : الخصال .

٥٨٣٩ ـ وقال الشافعي يبطل النكاح .

٥٨٤٠ ـ واتفقوا على انه لو طلق او اعتق وشرط الخيار ، انه يصح ويبطل الشــرط .

فصـــــل

تعليق طلاقها على النكاح

٥٨٤١ ـ ولو قال لها : اذا تزوجتك ودخلت فانت طالق صح النكاح ووقع الطلاق عند وجود الشرط .

٥٨٤٢ ـ وقال الشافعي لا يصح النكاح ، ولا تحل لزوجها الأول .

٥٨٤٣ ـ وقال محمد يصح النكاح ولا تحل للأول .

٥٨٤٤ ـ وبقول الشافعي في البطلان قال ابو يوسف اذا شرط تحليلها الأول لأن الشــروط الفاسدة لا تفسد النكــاح ، كما لو شــرط ان لا يسافر بها .

فصـــــل

الحرمة بالزنا

٥٨٤٥ ـ ومن زنا بإمرأة حرمت عليه امها وبنتها .

٥٨٤٦ ـ والزنا يوجب تحريم المصاهرة كالوطء بشبهه (١) .

٥٨٤٧ ـ وقال ابو يوسف لا يوجب تحريم المصاهرة .

---

(١) في نسخــة تونس (بين المتعاقــدين) بدلا من (كالوطء بشبهه) وهو غلط .

فصـــل

٥٨٤٨ ـ واتفق الجميع على ان العقد الفاسد لا يوجب حرمـة المصاهرة بين المتعاقدين (١) .

فصـــل

٥٨٤٩ ـ وكـذلك قال اصحابنا فى اللمس بشـهوة والنظـر الى الفرج (انه) (٢) يوجب التحريم .

٥٨٥٠ ـ وللشافعي قولان فيما عدا الوطء .

٥٨٥١ ـ واتفق الجميع على انه لو كان لغير شهوة لما اوجب التحريم لانه مباح لغير الزوج .

فصـــل

البنت من الزنا

٥٨٥٢ ـ وبنته من الزنا لا يحق له نكاحها .

٥٨٥٣ ـ وقال الشافعي يحل له ان يتزوجها .

٥٨٥٤ ـ ولهم فى بنت الملاعنة وجهان .

فصـــل

الإبن من الزنا لا ينكح أمه

٥٨٥٥ ـ واتفق الجميـع على ان الابن من الزنا لا ينكح امه ولا سائر من يحرم على الولد الحلال .

---

(١) لم يرد هذا البند في نسخة تونس .

(٢) من نسخة تونس .

فصل

أقر أن زوجته بنته

٥٨٥٦ ـ وقالو : لو اقر رجل ان زوجه بنته او اخته انها تحرم عليه ولا يثبت النسب منه ، ولا فرق بين من هى معروفة النسب او مجهولة (١) .

فصل

نكاح الزانية الحامل

٥٨٥٧ ـ والزانية الحامل يجوز نكاحها ولا يطأها الزوج حتى تضع (٢) .

٥٨٥٨ ـ وقال ابو يوسف النكاح باطل .

٥٨٥٩ ـ وقال الشافعى النكاح جائز ويطأها مع الحمل .

---

(١) فى هامش نسخة (ق) تعليق على هذا الفصل حيث جاء : القول الذي فى كتب الفقه ان امرأة الرجل (ان كان) لها نسب معروف لا يفرق بينهما وان كان يولد مثلها لمثله ولم يكن لها نسب معروف فلو قال بعده وهمت أو اخطأت او غلطت او نسيت صدق ، ولو ثبت على اقراره وقال هو حق كما قلت او اشهد عليه شهوداً فرق بينهما ، فان جحد بعد ذلك لا ينفع جحوده ، ثم ان كان يولد مثلها لمثله واقرت المرأة انها بنته ثبت النسب وان كان لا يولد مثلها لمثله لا يثبت النسب ويفرق بينهما ، ولم ار فى هذا خلافاً « أ هـ » .

(٢) انظر المحلى ١٠/٢٧ بند ١٨٧٣ .

٥٨٦٠ ـ ولو جاز وطء الحامل لغير من الحمل من جهته لكانت المرأة اذا وطئت وهي نائمة ولا تعرف الواطئ ان يطأها زوجها .

فصـــــل

٥٨٦١ ـ والوطء في الموضع المكروه حرام في ملك اليمين والنكاح .

٥٨٦٢ ـ وقال المزني في المختصر : قال الشافعي ذهب بعض اصحابنـــا الى تحليله واخرون الى تحريمه (١) .

٥٨٦٣ ـ وقد حكي في الخلاف عن مالك (٢) وهو مذهب الشيعة من الإمامية (٣) وفيه آثار وفي منعه نظر وقياس .

٥٨٦٤ ـ وقد روي عن ابن عمر اباحة ذلك ، وروي عنه خلافه.

---

(١) وفيه ايضاً فلست ارخص فيه بل انهى عنه، فأما التلذذ بغير ايلاج بين الأليتين فلا بأس به ، وان اصابها في الدبر ولم يحصنهـا وينهاه الامام فان عـــاد عزره ، فأن كان في زنا حده (مختصر المزني ص ١٧٢) .

(٢) انكرت متون المالكية نسبة هذا القول الشنيع الى مالك (انظر اسهل المدارك ٢/١٣٠ - ١ (١٣) .

(٣) اما في مذهب الاماميـــة الاثنا عشرية فقد جاء في شرائـــع الاسلام للمحقق الحلي :

« الوطء » في الدبر ، فيه روايتان احداها الجواز وهو المشهـــور بين الأصحاب ، لكن على كراهية شديدة .

ومن هذا يفهم ان قول السمناني « وهو مذهب الشيعـــة الخ » . غير دقيق لان فيه تفصيلا وروايتين . فالاطلاق غير صحيح .

فصـــــل

الإحرام لا يمنع عقد النكاح

٥٨٦٥ ـ والاحرام لا يمنـــع العقد فى النكاح كما لا يمنـــع الشراء للأمة ولا يعقد على وليته لغيره ، وقال الشافعى لا يزوج ولا يتزوج .

٥٨٦٦ ـ واجاز ان يراجـــع في الاحرام .

٥٨٦٧ ـ ومن اصحابه من قال لا يكون شاهدا فيه ايضاً .

٥٨٦٨ ـ ولو كان الإحرام يمنـــع العقد لابطل النكاح كالملك والكفر ولكان سائر العبادات مثل الحـــج لإن الوطء في جميـــع ذلك حـــرام ، والعقد مباح كذلك الحج .

فصـــــل

نكاح الكافر

٥٨٦٩ ـ ونكاح الكـــافر جـــائز كما يجوز نكاح المســـلم فيما يجوز نـــكاح المسلم فيه .

فصـــــل

٥٨٧٠ ـ واذا أسلم وتحته اكثر من أربـــع نسوة او اختين فانه يمسك الأولى وتحرم الثانية ولا يختار احداهما ولا اربعاً اذا وقع عليهن معاً (١) .

---

(١) ما ذكره السمناني هـــو قول ابي حنيفـــه والثورى وابن ابي ليلى وبخلاف ذلك مذهب مالك والشافعي واحمد وداود (بداية المجتهد لإبن رشد ٢ / ٤٠).

٥٨٧١ وقال محمد والشافعي يختار اربعاً مما زاد واحدى الاختين .
٥٨٧٢ ـ ولو تزوج بشرط متعة الى اجل لم يجز عنده (١) .
٥٨٧٣ ـ وقال لو تزوج امرأة وبنتها ودخل بهما لم يختر في ذلك فلم يمض على اصله في الباب (٢) .

---

(١) جاء في بداية المجتهد (٤٧/٢) في صدد نكاح المتعة « انه تواترت الاخبار عن رسول الله (ص) بتحريمه الا انها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم . » واكثر الصحابه وجميع فقهاء الامصار على تحريمها ، واشتهر عن ابن عباس تحليلها، وتبع ابن عباس على القول بها اصحابه من اهل مكة واهل اليمن ، ورووا ان ابن عباس كان يحتج لذلك بقوله (فما استمتعتم به منهن ، فآتوهن اجورهن فريضة ، ولا جناح عليكم) وفي حرف عنه : الى اجل مسمى . ثم نهى عنها عمر الناس .
ونكاح المتعة جائز في فقه الامامية الإثنا عشرية ويسمى عندهم ايضاً النكاح المنقطع ويشترط فيه عندهم المهر خاصة والأجل فلو لم يذكره انعقد دائما ويجوز عندهم ان يقتصر على بعض يوم بشرط ان يقرنه بغاية معلومة كالزوال والغروب . وللبالغة الرشيدة ان تمنع نفسها وليس لوليها اعتراض بكراً كانت او ثيباً على الأشهر عندهم ، ولا يقع بها طلاق وتبين بانقضاء المدة ، ولا يثبت بهذا العقد ميراث الزوجين شرطاً سقوطه او اطلقا (انظر تفصيل ذلك في شرائع الاسلام (٢٣/٢ ـ ٢٦) ولم يرد في القانون المدني الايراني تحريم لزواج المتعة بل ورد في المادة (٩٩٣) منه وجوب تسجيل الزواج المنقطع في سجل الأحوال شأنه في ذلك شأن الزواج الدائم =

فصـــــل

هجرة أحدهما إلى دار الإسلام

٥٨٧٤ ـ واذا هاجر احـد الزوجين الى دار الإسلام مسلما او ذميـاً وقعت الفرقة بينه وبين الآخر .

٥٨٧٥ ـ وقال الشافعي لا تقـع ، ويقف على مضي العدة وان كانت مدخولا بها ، وان لم يدخل بها وقعت الفرقة .

٥٨٧٦ ـ وان كانت المهاجرة امرأة فلا عـدة عليها عند ابي حنيفة ، ولهـا ان تتزوج .

٥٨٧٧ ـ وقال عليها العدة .

٥٨٧٨ ـ وهو قول الشافعي .

٥٨٧٩ ـ واختلفت الرواية في الحامـل المهاجرة هل لهـا ان تتزوج عنـد أبي حنيفة .

فصـــــل

الفرقة بالردة

٥٨٨٠ ـ واذا ارتد احد الزوجين وقعت الفرقـة بينهما ، ولا فرق بين ان يدخل بها او لا يدخل .

وورد في المادة (١٠٧٥) منه ان النكاح الوقتي منقطع ويكون للمدة المعينة كما ورد في المادة (١٠٧٦) ان مدة النكاح المنقطـع يجب ان تعين تعييناً كاملا .

(٢) لم يرد هذا البند والبنود الستة اللاحقة عليه في نسخة تونس .

٥٨٨١ ـ وقال الشافعي ان كان دخل بها لم تقــع حتى تمضي ثلاث حيض فأيهما عاد قبل انقضاء العدة فهما على النكاح .

٥٨٨٢ ـ وان ارتدا معاً فهما على النكاح استحساناً .

٥٨٨٣ ـ والقياس ان الفرقة تقــع ، وهو قول زفر .

٥٨٨٤ ـ اما الشافعي فمضى على اصله في اعتبار العدة في المدخول بها .

فصـــــل

إسلام أحد الزوجين

٥٨٨٥ ـ واذا اسلم احد الذميين عرض على الآخر الاسلام ، فإن اسلم فهو عــلى النكاح وان ابى فــرق بينهما ، وان كانت في دار الحرب وقفت على ثلاث حيض .

٥٨٨٦ ـ وقال الشافعي حــكم الاسلام حــكم الردة في الفرقة ، ولا يعرض على الآخر الاسلام .

فصـــــل

تهود النصراني وتنصر اليهودي

٥٨٨٧ ـ وان تهود النصراني او تنصر اليهودي فهما على النكاح ، ولا يقتل ولا يرد الى دينه الأول لأنه يقر على الثاني ابتداء .

٥٨٨٨ ـ وقال الشافعي يرد الى دينه الأول او الاسلام وتقــع الفرقة بينــه وبين زوجته وان امتنــع قتل عنده .

فصــــل

العيوب(١)

٥٨٨٩ ـ والنكاح لا يفسخ بشيء من العيوب الموجودة بأحد الزوجين .

٥٨٩٠ ـ وقال الشافعي يفسخ بثلاث عيوب يشترك فيها الرجل والمرأة وهي :

الجنون والجذام والبرص ، والقرن والرتق في الزوجة والجب والعنة في الزوج (٢) ؟

---

(١) اجاز قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٨٥٩ للزوجة ان تطلب التفريق اذا اطلعت بعد العقد ان الزوج مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام والبرص والسل والزهري والجنون (م / ٤٤) او اصيب اخيراً بعلة من هذه العلل . وجعلت الفقرة(٣) من المادة المذكورة للمحكمة ان تؤجل التفريق حتى زوال العلة وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل وعندي ان هذا النص بحاجة الى التعديل بما يحقق لزوجة المصاب بالزهري والجنون التفريق دون الزامها بإنتظار زوال العلة لخطورة هذين المرضين واحتمال ابتلاء الزوجة او هي والأولاد بهما .

(٢) نصت الفقرة (١) من المادة (٤٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه « اذا وجدت الزوجة زوجها عنيناً او مبتلي بما يمنع البناء فلها ان تطلب الى المحكمة التفريق وهذا النص جعل للزوجة طلب التفريق في حالتي الجب والعنه ولم يقتصر عليهما بل عمم حكمه فجعله ينصرف الى كل ما يمنع البناء بالزوجة وحسناً فعل ؛

٥٨٩١ - ولا ينفسخ بما سوى ذلك من العيوب .

٥٨٩٢ - ولو جاز الفسخ بعيب لكان كل عيب مثله كالبيع (١)

---

(١) اقتصر السمناني على حكم عيوب الزوجين أو احـــدهما في المذهبين الحنفي والشافعي . وما رواه عن المذهب الحنفي هو قول ابي حنيفة وابي يوسف ، وفي مختصر الطحاوي ان محمداً غير رأيه فقاس الجنون والبرص على العنـــة (مختصر الطحاوي ، ص١٨١ــ١٨٢) . وفي بداية المجتهد (٢/ ٤٢) « قال ابو حنيفة وأصحابه ، والثوري لاترد المرأة في النكاح الا بعيبين فقط : القرن والرتق ، ولم ترد الاشارة الى هذا الاستثناء في السمناني . وقد فصل ابن رشـــد في بداية المجتهد اقوال سائر الفقهاء في خيار العيوب في النكاح بقولـه : (اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين : احدهما ، هل يرد بالعيوب او لايرد ؟

والموضع الثاني ، اذا قلنا انه يرد فمن ايها يرد ، وما حكم ذلك ؟

فاما الموضـــع الاول . فان مالكا والشـــافعي واصحابهما قالوا : العيوب توجب الخيار في الرد أو الامساك وقال أهل الظاهر لاتوجب خيار الرد والامساك ، وهو قول عمر بن عبدالعزيز .

وسببه اختلافهم شيئان : احدهما قول الصاحب حجة ، والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع .

فاما قول الصاحب الوارد في ذلك فهو ماروى عن عمر بن الخطاب انه قال : ايما رجل تزوج امـــرأة وبها جنون أو جـــذام او برص -وفي بعض الروايات او قرن - فلها صداقها كاملا وذلك غرم -

فصـــــل

٥٨٩٣ ـ والمتولد بين كتابي ومجوسي يحل لكاحــه لانه يغلب الكتاب بأي الأبوين كان ؛

ـ لزوجها على وابها .

واما القياس على البيع فان القائلين بموجب الخيار العيب في النكاح قالوا : النكاح في ذلك شبيه بالبيع ، وقال المخالفون لهم ليس شبيهاً بالبيــع لأجماع المســلمين على انه لايرد النـكاح بكل عيب يرد به البيع .

واما الموضع الثاني في الرد بالعيوب ، فانهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها ، وفي ايها لا يرد ، وفي حكم الرد .

فاتفق مالك والشــافعي على ان الرد يكون من اربعــة عيوب : الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء . اما قرن او رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء ، واختلف اصحاب مالك في اربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخــر الأنف ، فقيل ترد وقيل لاترد .

فاما احكام الرد ، فان القائلين بالرد اتفقوا على ان الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه .

واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس :

٥٨٩٤ ـ وقال الشافعي يغلب الاسلام بأحد الأبوين وفي الكتاب يغلب جهة الأب دون الأم ولا يحل لكاح من ذكرناه .

فصــــل

الذميون والغسل من الجنازة والحيض

٥٨٩٥ ـ ولا يجبر ذمي على غسل من جنابة ولا حيض وقال الشافعي تجــبر الذمية على ذلك ان كان زوجها مسلما .

ـ فقال مالك : ان كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها انه عالم بالعيب مثل الأب والأخ فهو غار ، يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء .

وان كان بعيداً رجــع الزوج على المرأة بالصــداق كله الا ربع دينار فقط .

وقال الشافعي : ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ، ولارجوع له عليها ولا على ولي ، (بداية المجتهد ٢/٤١ ـ ٤٢) وانظر الفقرة (٢) من المادة ٤٤ من قانون الاحوال الشخصية) .

باب

المجبوب والعنين والخصي واختلافهما في ذلك

٥٨٩٦ - المجبوب (١) ان تزوج جاز نكاحه ، فان كانت الزوجة تعلم بذلك فلا خيار لها ، وان كانت جاهلة بالحال خيرت ، ولا يؤجل لأنه لا يرجى له صلاح .

فصل

تأجيل العنين(٢)

٥٨٩٧ - وان كان عنيناً أجل سنة شمسية ، لا هلالية ، بخلاف الآجال في الديون والزكاة والدية (٣)

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة (جبب) : الجب : القطع ، جبه يجبه جبا وجبابا واجتبه وجب خصاه جبا أستأصله ، وخصى مجبوب : بين الجباب والمجبوب الخصي الذي قد استؤصل ذكره وخصياه .

(٢) يمكن القول ان تأجيل العنين يمكن العمل به بالرغم من ان الفقرة الاولى من المادة (٤٤) من قانون الاحوال الشخصية لم تشر الى تأجيل =

فصـــــل

الآثار المروية في تأجيله

ولقد أجل عمر بن الخطاب العنين سنة ، فان وصل اليها والا فرق .

وقد روى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال :

ما انا بمفرق بينكما فاتقي الله واصبري .

وأجل عبدالله بن ابي ربيعة عشرة اشهر .

٥٨٩٨ ـ وكل من اعتبر الأجل اعتبر سنة وهو قول ابراهيم وعطاء والشعبي وابن المسيب وعبدالملك بن مروان .

= العنين ويؤيد ذلك نص الفقرة الاخيرة من المادة المذكورة وتفرقته بين علة يؤمل زوالها واخرى لايؤمل فهو مطلق ينصرف الى جميع العلل المذكورة مثل ذلك .

(٣) جاء في لسان العرب في مادة (عنن) : العنين : الذي لا يأتي النساء ولا يريدهن بين العنانة والعنينة والعنينية ، وعنن عن امرأته اذا حكم القاضي عليه بذلك أو منع عنها بالسحر ، والاسم منه العنة (وهو من التعنين اي الحبس) كأنه اعترضه مايحبسه عن النساء وامرأة عنينة كذلك لاتريد الرجال ولاتشتهيهم وهو فعيل بمعنى مفعول مثل خريج

فصـــل

وصل إليها مرة

٥٨٩٩ وان وصل اليها مرة فلا خيار لها ابداً .

فصـــل

الفرقة بالعنة طلاق

٥٩٠٠ ـ ومن ادعت عليه امرأته انه لايصل اليها ، فان صدقها أجله الحاكم سنة ، فان وصل اليها فهي امرأته ، وان لم يصل اليها فرق بينهما ، وكانت الفرقة طلاقاً لأنها بسببه من جهة الزوج خاصة .

فصـــل

تفريق القاضي بينهما

٥٩٠١ ـ ولا تقع الفرقة باختيارها حتى يفرق القاضي بينهما في رواية الحسن عن ابي حنيفة (١) .

٥٩٠٢ ـ وقال ابو يوسف ومحمد عنه تقع باختيارها مادامت في المجلس ، فان قامت أو اعرضت بطل الخيار .

---

(١) بهذا القول اخذت المادة (٤٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي وحسناً فعلت :

فصـــل

ادعاء البكر عنة زوجها

٥٩٠٣ ـ وان كانت بكراً وأدعت ماذكرناه وكذبها الزوج وأدعى الوصول اليها ، وانها ليست ببكر ، فانا يريها النساء ، فان قلن هي بكر اجله سنة . فان عادت وقالت : لم يصـــل الي ، وادعى الوصول ، اريت النساء ، فان قلن هي بكر خيرها الحاكم ، وان قلن هي ثيب احلفه انه وصل اليها ، وهي امرأته ولاخيار لها وان نكل خيرها الحاكم .

٥٩٠٤ ـ وان قال : ما تقدمت اليها بعد الأجل وانما تقدمت اليها قبل ذلك خيرها الحاكم .

فصـــل

ادعى الوصول إلى الثيب

٥٩٠٥ ـ وان كانت المرأة ثيباً فادعى الوصول اليها فالقول قـوله ، وان اختلفت النساء في الشهادة عليها استظهر بغيرهن ، ويحتسب عليها بأيام الحيض وارقات الصلوات ولا يحتسب ايام المرض اذا لم يمكن معه الجماع ، ولا يحتسب عليه ايام الحبس لها ولا لغيرها ، وان امكنه الوصول في الحبس احتسب بذلك .

فصـــل

شرح حال العنين في كتاب القاضي

٥٩٠٦ ـ وينبغي للقاضي ان يشرح الحال ويكتب كتابا ويؤرخ اول المدة .

وان عزل القاضي أو مات قام الثاني مقامه في ذلك وفرق لأنه ينفذ حكم من مضى قبله .

فصـــل

الزيادة في الأجل

٥٩٠٧ ـ وان سألها الزيادة في الأجل ففعلت ثم رجعت في ذلك قبل الحول او بعده فلها ذلك لانها تبرعت بما لم يسلم اليه .

فصـــل

فرق بينهما ثم تزوجها

٥٩٠٨ ـ وان فرق بينهما ثم عاد الزوج وتزوجها وادعت العنة ، وقالت انه وعـدني ان يصل الي فلا خيار لها والنكاح لازم لها لانهـا علمت بالعيب .

فصـــل

تزوجها بعد الطلاق

٥٩٠٩ ـ ولو كان طلقها ثلاثاً وتزوجت بغيره وكانت قد ولدت من الاول ولداً لم تزوجها بعد الطلاق الثاني وأدعت عليه العنة يؤجل لأن هذا نكاح غير الاول ولا يبنى عليه في حكم من الاحكام فهي فيه كمن لم يتزوجها من قبل في جميع الاحكام والدعاوي .

فصل

يصل إلى غيرها إلخ

٥٩١٠ ـ وان كان يصل الى غيرها ولا يصل اليها أجل ولا عبرة بغيرها .

٥٩١١ ـ وان كان يجامعها فيا دون الفرج زمانا ثم طلبت الوصول وهي بكر أو ثيب أجل ولا يذهب حقها من الوطء في الفرج :

فصل

زوج الأمة عنين

٥٩١٢ ـ وزوج الأمة اذا كان عنيناً فالخيار الى المولى عند ابي حنيفة وزفر ذكره الخصاف وابو الليث :

٥٩١٣ ـ وقال ابو يوسف لها الخيار وقد مضت .

فصل

٥٩١٤ ـ واذا فرق بينهما فهي طلقة بائنة لأنها لو كانت رجعية لما افادت الحكم .

فصل

٥٩١٥ ـ وان اختارت المقام معه فلا خيار لها ابداً .

فصـــل

الاختيار قبل الفرقة

٥٩١٦ ـ ولها ان تختار قبل فـرقة القاضي زوجها ، ولا يثبت لها بعد ذلك خيـار .

فصـــل

جاءت بولد من المجبوب

٥٩١٧ ـ والمجبوب اذا فرق بينه وبين زوجته ثم جاءت بولد فيما بينها وبين سنتين لزمه الولد ، اذا لم تقر بانقضاء العدة ، وكان عليه المهر كاملا في قولهم جميعاً ، لأن الولد شاهد بالوصول .

٥٩١٨ ـ وان فرق بعد الخلوة فعليه المهر كاملا عند ابي حنيفـة وزفر وهو قولهما في العنين :

٥٩١٩ ـ واتفق اصحابنا في العنين ان لها المهر كاملا .

٥٩٢٠ ـ واختلفوا في المجبوب .

٥٩٢١ ـ وهو قول شـريح والشعبي وابراهيم وعطاء وسـعيد بن المسيب والحسن وعروة بن الزبير .

٥٩٢٢ ـ وقال طاووس لها نصف المهر .

فصـــل

عدة امرأة المجبوب

٥٩٢٣ ـ واتفق اصحابنا ان على امرأة المجبوب العدة .

فصـــل

استقرار المهر

٥٩٢٤ ـ وقال الشافعي الخلوة لاتقرر المهر من عنين ولا مجبوب ولا فحل ولا يستقر المهر الا بالوطء او الموت .

فصـــل

لا خيار للرتقاء

٥٩٢٥ ـ والمرأة اذا كانت رتقاء والزوج مجبوباً فلا خيار لها، والنكاح لازم لها ، لأنه لا حق لها في الوطء.

فصـــل

٥٩٢٦ ـ وان حلف الزوج والزوجة فقالت هو مجبوب ، وقال الزوج انا فحل ، وقد وصلت اليها ، نظر الى الرجل دونها ، فان كان مجبوباً خيرت وان كان يتبين امره بالجس من غير كشف عورة فعل ، وان كان لا يتبين كشف عنه ، وقد يجوز ذلك لأجل حق الغير كما يجوز لأجل الختان فيمن اسلم كبيراً او كن شهد عليه بالاحصان وادعى الجب فانه ينظر اليه ، كما ينظر الشهود في الزنا الى الفرجين .

فصـــل

ادعى أنها رتقاء

٥٩٢٧ ـ وان قالت هو مجبوب وقال هي رتقاء نظر اليها النساء ، فان قلن انها رتقاء فلا خيار لها سواء كان الزوج فحلا او مجبوباً .

فصـــل

تزوج لمدة سنة

٥٩٢٨ - واذا تزوج الرجل مدة سنة او دونها فهو باطل عنـد ابي حنيفة وصاحبيـه .

٥٩٢٩ - وقال زفر النكاح جائز والشرط باطل ، وحكاه شيخنا قاضـي القضاة رحمه الله عن حماد بن ابي حنيفة .

٥٩٣٠ - وقال الحسن بن زياد ، ان كانت المدة لا يعيشان اليهـا فالنكاح جائز وان كان يجوز ان يبلغا ذلك بطـل النكاح لانه نكاح مؤبد بقطعه الموت .

باب

دعوى النكاح على الرجل والمرأة

٥٩٣١ ـ ولو ان اختين ادعت كل واحدة منهما على رجل انه تزوجها قبل اختها واقامت كل واحدة البينه بما ادعت فالبيان الى الزوج، والقول قوله فى الأول ، فان ابي ان يبين فرق بينه وبينهما وعليه نصف المهر بينهما نصفان ان لم يكن دخل بهما لأن احد النكاحين باطل والآخر قد وقع فيه الفرقة قبل الدخول ، فيجب نصف المهر وقد تساويا فى الدعوى فقسم بينهما بالسوية .

فصـــــل

٥٩٣٢ ـ وعن محمد انه يلزمه مهر كامل بينهما بالسوية لكل واحدة نصف .

٥٩٣٣ وذكر عن ابي يوسف فى الاملاء انه لاشيء لواحـــدة منهما ، لان القضاء بالمجهول لا يصح .

فصـــــل

الكفيل بالمهر

٥٩٣٤ ـ ولو ان رجلا حضر عند امرأة وقال لها ان زوجك طلقك ومضت العدة وانه امرني ان ازوجك به دفعة اخرى وضمن لها المهر فحضر الزوج وانكر الاذن فلا شيء عليه ، ولا على الكفيل عند ابي يوسف وهو ظاهر المذهب .

وقال زفر على الكفيل المهر باقراره بالكفالة .

فصـــــل

ادعت أنه زوج أختها إلخ . .

٥٩٣٥ ـ ومن ادعى نكاح امرأة فاقامت البينة انه زوج اختها الغائبــة او امها ، واقام هو البينة عليها بالنكاح فالبينة بينة الزوج ، ويقضي على الحاضرة بالنكاح عند ابي حنيفة .

٥٩٣٦ ـ وقال ابو يوسف ومحمد تقف البينتان ولا يحكم بشيء كمن وكل رجلا يحمل اليه زوجتــه او امته فاقامت الزوجـة او الامه بينة انه طلقها ثلاثا او اعتقها فانه يقف الحـكم ولا يحــكم على الغائب بطـلاق ولا عتــاق .

٥٩٣٧ ـ وحكى قاضي القضاة رحمه الله في درس الجامع الكبير عليه ان من اصحابنا من قال يحــكم ببينة الحاضرة في صحة نكاح الغائبة وابطال نكاح الحاضرة ، ومنهم من قال يحــكم بابطال نكاح الحاضرة ولا يحـكم بنكاح الغائبة ، ولو شهدوا انه دخل بالأم جازت الشهــادة وحـكم بابطال نكاح الحاضرة باتفاق .

استدراك

حيث قد تم حصولي على نسخة مصورة اخرى من روضة القضاة للسمناني جلب ميكروفلهما من دار الكتب الوطنية بتونس فقد وجدت ضرورة مقابلتها مع ما طبع من هذا الكتاب فرأيت اخراج الجزء الثاني من المجلد الأول من كتاب روضة القضاة والشروع بالمجلد الثاني بعد تمام هذه المقابلة التي بدأت باجرائها من الصحيفة (٨٨١) من الجزء الثاني من المجلد الأول وقد اشرت الى النسخة الجديدة بعبارة نسخة تونس وسألحق بإذن الله في آخر المجلد الثاني استدراكا باهم ما سيظهر من زيادات في هذه النسخة بالنسبة للنسخ السابقة التي تم تحقيق الكتاب عليها مع العلم بان النسخة التونسية هذه مهمة كل الأهمية لما ورد فيها من اشارة الى مقابلتها مع نسخة المؤلف نفسه ومع ذلك فالظاهر ان كاتبها تخير جانباً من قواعد روضة القضاة واهمل جانباً ولعل هذا هو سر اضافة كلمة فتاوى الى اسم الكتاب في هذه النسخة ويعزى الفضل في حصولي على ميكروفلم نسخة تونس للسيد الاستاذ محمود ابن الشيخ المدعي العام لكتابة الدولة للعدل في الجمهورية التونسية ولدار الكتب الوطنية بتونس فلهما مني مزيد الشكر والتقدير .

روضة القضاة وطريق النجاة

للعلامة أبي القاسم علي بن محمد بن احمد الرحبي السمناني

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المحامي

الدكتور صلاح الدين الناهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقاً)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

الجزء الثالث

دار الفرقان
عمان

مؤسسة الرسالة
بيروت



للنشر والتوزيع

عمان / الاردن / جبل الحسين شارع خالد بن الوليد
ص.ب. ٠ ٩٢١٥٣٦ – تلفون : ٦٦٠٩٣٧



مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ ٢٤١٦٩٢ - ٢٩٥٥٠١
ص.ب (٧٤٦٠) برقياً: بيوشران .

كتاب الصداق

باب اختلاف الزوجين في النكاح والمهر وما يترتب عليه .

فصل

ادعاء النكاح على منكر أو منكرة

٥٩٣١ ـ واذا ادعى الرجل نكاح امرأة أو المرأة نكاح رجل فانكر المدعي عليه منهما ذلك فان اقام بينة على دعواه حكم له بالزوجية كائناً من كان ، وان عدم البينة وطلب اليمين فلا يمين على المنكر في قول ابي حنيفة .

٥٩٣٢ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يجب اليمين .

٥٩٣٣ ـ وهو قول الشافعي ، وقد مضت في الايمان هذه المسألة ونظائرها[1] على ما يقول أبو حنيفة ويقولان .

فصل

ادعى نكاحها رجلان

٥٩٣٤ ـ ولو ادعى رجلان نكاح امرأة فانكرت فاقام كل واحد البينة بالزوجية فالبينة باطلة ولا نكاح بينها وبين واحد منها ، وان كانت في منزل احدهما فهي له ، وان وقتا وقتين فهي للاول منهما كانت عنده أو عند الآخر ، وان اقرت لاحدهما فهي له وعلى الآخر البينة انه تزوجها قبل ذلك والنكاح يخالف البيع ، والملك (وما يقع فيه الاشتراك)[2] .

---

(١) النظير المثل ، وقيل المثل في كل شيء ، وفلان نظيرك اي مثلك لانه اذا نظر اليهما الناظر يراهما سواء (لسان العرب) .

(٢) ما بين قوسين من نسخة تونس وقد آثرناها على عبارة سائر النسخ التي جاء فيها (فيه ما يصح الاشتراك) .

فصـــل

القول لمن في المهر

٥٩٣٥ ـ وان ادعت المهر انه ألف ، وقال الزوج خمسمائة فالقول قول المرأة فيما بينها وبين مهر المثل ، والقول قول الزوج فيما زاد على ذلك ولا يتحالفان •

٥٩٣٦ ـ وقال أبو الحسن يتحالفان في جميع الاحوال بحكم مهر المثل •

٥٩٣٧ ـ وهو قول الشافعي •

٥٩٣٨ ـ وقال مالك يتحالفان وينفسخ النكاح بينهما كما قلنا في البيع •

٥٩٣٩ ـ وقال أبو يوسف القول قول الزوج فيما يقربه الا ان يأتى بشيء مستنكر ، واختلف عنه في المستنكر فقيل انه ما كان اقل من عشرة دراهم وقيل انه اقل من مهر مثل المرأة ، هـذا اذا كان النكاح قائما بين الزوجين ، فاذا كان الخلاف بعد الطلاق فالقول قول الزوج فيما يقربه •

٥٩٤٠ ـ وقال محمد القول قول المرأة فيما بينها وبين متعة مثلها ، والقول قول الرجل فيما زاد على ذلك اذا كان لم يدخل بها[١] •

فصـــل

ما يجوز أن يكون مهراً

٥٩٤١ ـ والخلاف في المهر يترتب على معرفة ما يجوز ان يكون مهرا وما لا يجوز •

٥٩٤٢ ـ وجملة القول في هذا ان يكون المهر عند اصحابنا مالا يقوم في نفسه ، أو ما يستحق به حقاً في مال يجب تسليمه الى الزوجة •

---

(١) لم يرد هذا الفصل في نسخة تونس •

٥٩٤٣ ـ وقال الشافعي يجوز ان يكون غير مال بل منفعة الحر وتعليم القرآن ، وكل ما يجوز ان يستأجر على عمله •

فصـــل

منفعة البضع

٥٩٤٤ ـ واتفق الفريقان على ان منفعة البضع لا تكون مهرا ، ولا الطلاق ولا الصلح عن دم العمد وان جاز اخذ العوض فيه •

فصـــل

٥٩٤٥ ـ وقال من اجاز ان يكون مهرا لو طلق قبل الدخول وجب نصف مهر المثل ولا يتنصف بالقرآن الطلاق قبل الدخول •

فصـــل

أقل الصداق

٥٩٤٦ ـ وقال اصحابنا الصداق مقدر بالاقل ولا يكون اقله اقل من عشرة دراهم أو دينار أو ما قيمته ذلك مما يتقوم •

٥٩٤٧ ـ والمعتبر في القيمة يوم العقد لا عند التسليم والتعذر •

٥٩٤٨ ـ وقال مالك اقل الصداق ربع دينار ولا يجوز اقل من ذلك •

٥٩٤٩ ـ وقال الشافعي لا يتعذر اقله ، وما جاز ان يكون بدلا في الاجارة وثمنا في البيع فهو مهر •

فصـــل

عدد المنكوحات

٥٩٥٠ ـ واتفقوا على ان اقل العدد في المنكوحات مقدر وان النكاح يخالف البيع في الشرائط ، وان البضع لا يجوز ان يملكه ويطأة الزوج بغير بدل •

فصـــل

زواج الشغار

٥٩٥١ ـ واتفقوا على انه لو تزوج امرأة على ان يزوجه الآخر بنته أو امته ان التسمية لا تصح واختلفوا في صحة النكاح •

٥٩٥٢ ـ فقال الشافعي النكاح باطل وهذا هو الشغار •

٥٩٥٣ ـ وقال اصحابنا يجب لكل امرأة مهر مثلها وتبطل التسمية ويصح النكاح كما لو جعل الطلاق مهرا •

فصـــل

٥٩٥٤ ـ ولو سمى لها اقل من عشرة فلها عشرة دراهم ، ولا فرق بين الحرة والامة في ذلك انها تكمل •

٥٩٥٥ ـ وقال زفر التسمية باطلة ويجب مهر المثل •

٥٩٥٦ ـ لان الذي سمى لو ضم اليه ما بقي صح ان يكون مهرا ويخالف تسمية الخمر والحر في ذلك •

فصـــل

ما يثبت مهراً وما لا يثبت

٥٩٥٧ ـ وجملة ما يثبت مهرا وما لا يثبت ان المسمى اذا كان يقع على اجناس مختلفة او على مقادير مختلفة في الكثرة والقلة ، واللفظ يشمل الجميع ، أو وقع في العقد على ما لا قدر له في اللفظ فالتسمية باطلة ، ويجب مهر المثل • فجهالة الجنس كالدابة والثوب ، وجهالة القدر ان يتزوجها على حكمه أو حكمها أو يتزوج على حنطة أو شعير أو موزون لا يذكر قدره •

٥٩٥٨ ـ واذا كان المسمى معلوم القدر مجهول الصفة كالعبد والجارية أو برذون أو حمار أو بغل أو ثوب هروى أو مروى فذكر الجنس داخل بالصفة كقفيز حنطة أو شعير فان التسمية تصح عندنا ويجب من ذلك الوسط •

٦٩٥٩ ـ والاصل في هذا الباب ان كل جهالة كانت اقل من جهالـة مهر المثل فهي تثبت في العقد ولا يثبت مهر المثل وان كانت اكثر ثبت مهر المثل ، وكل ما يوجب الوسط فالزوج بالخيار ان شاء اعطاه وان شاء اعطى قيمتـه •

٥٩٦٠ ـ وان سمى احد شيئين معينين جاز ذلك وكان الخيار الى الزوج يعطى ايهما شاء عند ابى يوسف ومحمد •

٥٩٦١ ـ فاما ابو حنيفة فانه ينظر : فان كان مهر مثلها مثل اقلهما قيمة او اقل من ذلك فلها اقلهما قيمة الا ان يرضى الزوج ان يعطى الرفيع ، وان كان مهر مثلها مثل الاكثر قيمة أو أكثر فلها اكثرهما قيمة الا ان ترضى المرأة بالادون ، وان كان مهر مثلها ما بين ذلك فلها مهر مثلها •

٥٩٦٢ ـ وقال الشافعي لا يثبت مهر الا ما يثبت في السلم مسلما فيه ، وكل ما ذكرناه مجهول ويجب عنده مهر المثل •

فصـــــل

تسمية الحيوان

٥٩٦٣ ـ ولا فرق عندنا في تسمية الحيوان ان وصف او لم يوصف في انه لا يجبر على تسليمه •

٥٩٦٤ ـ وقال الشافعي يجبر على التسليم •

فصـــــل

قيمة العقد الوسط والبيت الوسط

٥٩٦٥ ـ وكان ابو حنيفة يجعل قيمة العبد الوسط اربعين دينارا ،

وكذلك البيت الوسط •

٥٩٦٦ ـ وقالا هذا على قدر الزمان في الغلاء والرخص •

فصـــل

هلاك المهر واستحقاقه

٥٩٦٧ ـ واتفق اصحابنا ان المهر اذا كان معينا فتلف في يد الزوج انها ترجع على الزوج بقيمته ، وللشافعي قولان احدهما هذا والثاني يجب مهر المثل لأن النكاح لا يبطل بتلف المهر •

٥٩٦٨ ـ وكذلك الخلاف اذا استحق المهر •

فصـــل

الغلط في المهر

٥٩٦٩ ـ وقال ابو حنيفة اذا وجد العبد حرا والخل خمرا والذكية ميتة ، وقد جعل ذلك مهرا فلها مهر المثل عنده •

٥٩٧٠ ـ وقال ، لو قال على هذا الحر أو هذا الخمر أو هذه الميتة فاذا الحر عبد ، والخمر خل ، والميتة ذكية ، فالمهر هو المشار اليه دون ما سمى ، ان كانت العين حلالا فلها العين ، وان كانت حراما فلها مهر المثل •

٥٩٧١ ـ وعند ابي يوسف العقد واقع على الحلال منهما ، فان كانت العين حراما وقع العقد على التسمية ، فيكون لها قيمة الشاة والحر ومثل الخمر خلا •

٥٩٧٢ ـ وعند محمد ان كان المسمى من جنس المشار اليه فالعقد واقع على العين وان كان المشار اليه من غير جنس المسمى وقع العقد على التسمية كان المشار اليه حلالا أو حراما فيكون لها في الحر والميتة مهر المثل ، وفي الخمر مثل كيلها خلا •

٥٩٧٣ ـ وقد روى عنه في الخمر ايضا انه يجب مهر المثل ، رواه ابن سماعة •

٥٩٧٤ ـ وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان لها الخل مع الاشارة •

٥٩٧٥ ـ وعند الشافعي يجب مهر المثل في الاحوال كلها •

فصـــــل

عيب الصداق

٥٩٧٦ ـ وان كان الصداق من ذوات القيم فوجدت به عيبا لم يرد باليسير ويرد بالكثير •

٥٩٧٧ ـ وقال زفر يرد بالعيب اليسـير والكثير سواء ، وهو قول الشـافعي •

٥٩٧٨ ـ واتفق الفريقان انه لو كان من ذوات الامثال رد باليسير والكثير •

فصـــــل

تزوج الذميين على خمر

٥٩٧٩ ـ واذا تزوج الذمي الذمية على خمر بعينها أو خنزير بعينه ثم اسلما او احدهما فان كانت مقبوضة فلا شيء لها وان كانت غير مقبوضة فلها العين عند ابي حنيفة وان كان ذلك غير معين فلها مهر مثلها في الخنزير وقيمة العبد عند ابي حنيفة •

٥٩٨٠ ـ وقال أبو يوسف لها في الجميع مهر المثل ، وهو قول الشـافعي •

٥٩٨١ ـ وقال محمد لها القيمة في الوجهين •

فصـــل

مهر المفضاة

٥٩٨٢ ـ واتفق اصحابنا على ان المفضاة البضع يجب المهر لها بالعقد ، ويستقر بالموت والدخول ، وقال الشافعي لها المهر بالوطء ولا يجب لها مهر بالموت •

٥٩٨٣ ـ ولو لم يجب لها مهر بالعقد لما صح ان تطلب ذلك ، ولو سقط باسقاطها لم يجب بالوطء كما لو ابرات منه بعد العقد •

فصـــل

مهر فرض بعد العقد

٥٩٨٤ ـ وكل مهر فرض بعد العقد لم يتنصف بالطلاق قبل الدخول، ولها المتعة •

٥٩٨٥ ـ وعن ابي يوسف انه يتنصف كالمفروض ، وهو قول الشافعي •

٥٩٨٦ ـ لانه لم يذكر في العقد فصار كما لو لم يسم مهرا •

فصـــل

تزوج على خمر ثم طلق قبل الدخول

٥٩٨٧ ـ واذا تزوج على خمر وخنزير ثم طلق قبل الدخول وجبت المتعة •

٥٩٨٨ ـ وقال الشافعي نصف مهر المثل •

٥٩٨٩ ـ لان المسمى اذا لم يصح في العقد سقط حكمه واذا سقط وجبت المتعة •

فصـــل

لمن تجب المتعة

٥٩٩٠ ـ ولا تجب المتعة الا لمطلقة لم يسم لها مهر قبل الدخول ٠

٥٩٩١ ـ وقال الشافعي تجب لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول، وقد سمي لها مهرا ٠

٥٩٩٢ ـ وقال مالك لا تجب المتعة رأسا ٠

٥٩٩٣ ـ وقال اصحابنا لا تزاد على نصف مهر المثل ، ويجوز ان ينقص منه ٠

فصـــل

الزيادة في المهر

٥٩٩٤ ـ وتلحق الزيادة في المهر بعد التسمية ولا تتنصف بالطلاق ٠

٥٩٩٥ ـ وعن ابي يوسف انه يتنصف ٠

٥٩٩٦ ـ وقال زفر والشافعي لا تلحق الزيادة بالعقد بل تكون هبة مبتدأة ان قبضت صحت ولزمت ٠

٥٩٩٧ ـ واجمعو انها لو حطت بعض المهر صح حطها ، فكذلك الزيادة كحالة الابتداء ٠

فصـــل

قتلت نفسها قبل الدخول

٥٩٩٨ ـ ومن قتلت نفسها قبل الدخول بها من الزوجات لم يسقط مهرها ، وفي الامة روايتان ، وان قتل المولى الأمة سقط المهر ، وقال ابو يوسف ومحمد لا يسقط المهر ٠

٥٩٩٩ ـ وقال الشافعي يسقط المهر ولا يورث ٠

٦٠٠٠ ـ لأن القتل وجد معه ما يجرى مجرى الدخول وهو الموت فقرر المهر •

فصـــــل

لا حبس في المهر المؤجل

٦٠٠١ ـ والمهر اذا كان مؤجلا فليس لها حبس نفسها عند ابي حنيفة ومحمد والشافعي •

٦٠٠٢ ـ وقال أبو يوسف لها ذلك •

٦٠٠٣ ـ لانه رضى بالتأخير •

فصـــــل

هل لمن سلمت نفسها طوعاً حبس نفسها؟

٦٠٠٤ ـ وان سلمت نفسها طوعا ودخل بها فلها حبس نفسها في احدى الروايتين عن ابي حنيفة •

٦٠٠٥ ـ وقالا والشافعي ليس لها حبس نفسها بعد ذلك •

٦٠٠٦ ـ لان العقد اوجب تقديم المهر على الوطء ، وهذا قائم في الثاني والثالث •

فصـــــل

ما يوجبه الوطء في النكاح الفاسد من المهر

٦٠٠٧ ـ والوطء في النكاح الفاسد يوجب اقل الأمرين من مهر المثل والمسمى •

٦٠٠٨ ـ وقال الشافعي يجب مهر المثل بالغا ما بلغ •

٦٠٠٩ ـ لان التسمية لها حكم في العقد فلا تلغى •

فصـــل

الطلاق بعد هبة المهر

٦٠١٠ ـ ومن وهبت مهرها قبل الدخول ثم طلقت لم يرجع عليها الزوج بشيء •

٦٠١١ ـ وقال زفر يرجع عليها بالنصف وهو قول الشافعي •

٦٠١٢ ـ وفي البراءة وجهان لهم •

٦٠١٣ ـ لان التبرع لا يوجب الضمان على المتبرع كما لو استحقت العين الموهوبة بل هذا اقل من ذلك •

٦٠١٤ ـ ولا ترجع هي على الزوج بشيء •

٦٠١٥ ـ وعن زفر انها ترجع بالنصف •

فصـــل

قبضت مهرها ووهبت

٦٠١٦ ـ وان قبضت ووهبت فكل ما لا يتغابن فانه يجب عليها ضمانه •

٦٠١٧ ـ وكل ما يتعين بالعقد فان زاد او نقص ولم يستحق رده ضمنت ، وما يستحق عليها رده لا ضمان عليها •

٦٠١٨ ـ وان قبضت النصف ووهبت الباقي لم ترجع •

٦٠١٩ ـ وقال ابو حنيفة ترجع بالربع •

٦٠٢٠ ـ وهو احد قولي الشافعي •

فصـــل

نماء المهر قبل القبض

٦٠٢١ ـ وما حدث من المهر قبل القبض من نماء وولد او ارش

جناية فهو كله مهر ، وقال الشافعي لا يدخل في المهر ، ويكون النماء للزوجة كله ، ويتنصف الاصل بالطلاق •

فصـــل

نماء المرء بعد القبض

٦٠٢٢ ـ وان حدث ذلك بعد القبض منع الدخول في الاصل ، وكان للزوج قيمة نصف ذلك يوم تنصف •

٦٠٢٣ ـ وقال الشافعي لا يمنع الفسخ فيه ، كما قال في البيع •

فصـــل

الكسب لا يدخل في المهر

٦٠٢٤ ـ والكسب لا يدخل في المهر عند ابي حنيفة •

وقال ابو يوسف ومحمد يدخل ويتنصف بالاطلاق لانه ليس من العين ولا بدل جزء منها ولا اجرى مجرى الجناية عليها فلا يكون لها مهر •

فصـــل

تزوج المطلقة المدخول بها في العدة

٦٠٢٥ ـ واذا طلق المدخول بها ثم تزوجها في العدة على مهر مسمى ثم طلقها فلها مهر كامل ، وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وابي يوسف •

٦٠٢٦ ـ ومحمد يقول لها نصف المهر وتمام ما بقي من العدة •

٦٠٢٧ ـ وهو قول الشافعي •

٦٠٢٨ ـ وقال بشر لها نصف المهر ولا عدة عليها لان الرجعة رفعت حكم الطلاق •

٦٠٢٩ ـ وابو حنيفة يجعل الدخول في الاول دخولا في الثاني ، وهو ظاهر يبنى على الاصول •

فصـــــل

أربع نسوة على مهر واحد

٦٠٣٠ ـ ومن تزوج اربع نسوة على مهر واحد في عقد النكاح فالنكاح صحيح ، والمهر يقسم بينهن على قدر مهر المثل لكل واحدة •

٦٠٣١ ـ وقال الشافعي لا تصح تسمية المهر ويجب لكل واحدة مهر المثل في احد قوليه وكل اصل في هذه المسألة فهو ممنوع عندنا •

فصـــــل

تقادم الصداق

٦٠٣٢ ـ وكان ابو حنيفة لا يقضي بالصداق اذا تقادم ، واختلف الورثة في قدره لتعذر الوصول اليه[١] •

٦٠٣٣ ـ وقال أبو يوسف ومحمد ، اختلاف الورثة كاختلاف الزوجين •

٦٠٣٤ ـ وهو قول الشافعي ، ويقضى بمهر المثل •

فصـــــل

لكل منهما بينة بالصداق

٦٠٣٥ ـ واذا اختلفا في الصداق واقام كل واحد بينة بما يدعيه فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة ، وبينة الزوج تنفي ذلك اذا كان ديناً •

فصـــــل

اختلافهما في محل المهر

٦٠٣٦ ـ ولو قال الزوج ، المهر هذا العبد ، وقالت المرأة ، المهر هذه

(١) من تطبيقات مبدأ منع سماع الدعوى بمرور الزمان •

الجارية تحالفا ويبدأ اليمين الزوج فان فعل لزمه ما ادعت المرأة ، فاذا تحالفا نظرا الى مهر المثل فان كان اكثر قيمة من الجارية فلها مهر مثلها لا تجاوز به قيمة الجارية ، وان كان مهر مثلها اقل من قيمة العبد كان لها مهر مثلها الا ان تشاء ان تصدق الزوج وتأخذ العبد ، وان كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية او اقل وهو اكثر من قيمة العبد فلها مهر مثلها •

٦٠٣٧ ـ وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة الا ان تشاء ان تأخذ نصف العبد •

٦٠٣٨ ـ قال محمد وهذا قياس قول ابي حنيفة وهو قول محمد ، وكذلك كل عوضين اختلفا فيه •

فصـــــل

البينة بينة المرأة

٦٠٣٩ ـ وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت ما ادعت على الزوج وما شهدت به بينة الزوج فقد ابرأته منه فلا يكون حقا لها •

فصـــــل

اختلافهما في كمية المهر إن كان طعامه بعينه

٦٠٤٠ ـ وان اختلفا في طعام بعينه فقالت تزوجتني على انه كران ، وقال بل على انه كر واحد فهو مثل الخلاف في الالف والالفين ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن مثل ذلك لأن القدر معقود عليه •

فصـــــل

ما في تبعيضه ضرر من المهر

٦٠٤١ ـ وكل شيء في تبعيضه ضرر مثل الاواني التي توزن من الذهب والفضة والنحاس والثياب اذا اختلفا في ذرعها فالقول قول الزوج ،

ولا يمين على المرأة لان ما في تبعيضه ضرر يصير صفة في العين والذرع صفة في الثوب وقد مضى نظائر ذلك في كتاب البيوع وبيناه هناك •

فصـــــل

هلاك ما فيه قول الزوج

٦٠٤٢ ـ وكل ما كان القول فيه قول الزوج فهلك ثم اختلفا في قيمته فالقول قول الزوج لان القيمة ليست هي المعقود عليه ، والاختلاف فيه يوجب التحالف ، فيجب ان يكون القول قول الزوج •

فصـــــل

المهر دين أو عرض

٦٠٤٣ ـ وان كان المهر دينا من غير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون أو عرضا يصح العقد عليه في النكاح واختلفا في جنسه أو صفته أو ذرعه ، نظر الى مهر المثل ، فان كان مثل ما قال أو اقل فلها ما قال الزوج •

وان كان اكثر مما قال الزوج أو أقل مما قالت المرأة فلها مهر مثلها •

٦٠٤٤ ـ قال محمد : وهذا قياس قول ابي حنيفة وسواء ادعت المرأة دينا أو عينا اذا اقر الزوج بدين غير الدراهم والدنانير •

٦٠٤٥ ـ وقال محمد : وان طلقها في هذا كله قبل ان يدخل بها فلها في ذلك كله في قياس قول ابي حنيفة نصف ما قال الزوج ولا يشبه ما كان دينا فاقر به الزوج ما كان قائما بعينه ، لان ما كان قائما بعينه عرض من العروض لا يدخل في ملكها •

فصـــــل

العفو عن المهر

٦٠٤٦ ـ وليس لابي البكر ان يعفو عن المهر •

فصــــل

من بيده عقدة النكاح

٦٠٤٧ ـ والذي بيده عقدة النكاح انما هو الزوج وهو تأويل الآية عندنا[1] .

٦٠٤٨ ـ وهو قول علي رضي الله عنه .

٦٠٤٩ ـ وقول الشافعي الجديد .

٦٠٥٠ ـ وقال مالك هو الولي ، وله ان يعفو عن نصف المهر .

فصــــل

لأبي البكر قبض مهرها

٦٠٥١ ـ ولأبي البكر ان يقبض مهرها مع سكوتها من غير نطق اذا كانت بالغة استحساناً .

٦٠٥٢ ـ وقال زفر لا يقبض الا باذنها له في ذلك .

٦٠٥٣ ـ وهو قول الشافعي .

٦٠٥٤ ـ لان عقده النكاح تجوز مع سكوتها مثل الصغيرة وكذلك سائر الاجداد .

٦٠٥٥ ـ فاما غيرهم من الاولياء كالعم والاخ فليس لهم قبض المهر لانهم يتصرفون في المال .

٦٠٥٦ ـ والاب اذا طلب المهر وادعى ان ابنته صغيرة فقال الزوج له ، اقبض وسلم الجارية فانه يؤمر بقبض المهر وتسليم الجارية ، فان قال

(١) اشارة الى قوله تعالى « الا ان يعفون أو يعفو الذي بيده عقده النكاح » ، البقرة ٢٣٧ .

يطلبها حيث هي لم يدفع اليه المهر لانه بدل عن بضعها فلابد من تسليم العوض •

فصـــل

٦٠٥٧ ـ وان قال انا اسلم أمر الزوج بتسليم المهر واخذ من الاب كفيل بتسليم الابنة اليه بعد ذلك ، لان المهر يجب تقديمه على البضع باتفاق العلماء •

فصـــل

تسلم الزوجة حيث وقع العقد

٦٠٥٨ ـ وان قال هي بالبصرة وهناك وقع العقد فانه لا يكلف الأب حملها ولكن يقال للزوج اطلبها انت هناك ، ويأخذ من الاب كفيلا بالمهر حتى يسلم بالبصرة •

فصـــل

توكيل من يحمل الزوجة إلى زوجها

٦٠٥٩ ـ وان قال الزوج انا أوكل من يحملها من ذوي رحمها فله ذلك ، وان كان اجنبيا فليس له ذلك ، لانه لا يجوز السفر مع غير ذي زوج ولا ذي رحم •

فصـــل

الوكيل بقبض المهر

٦٠٦٠ ـ ولو كان وكيلا من جهتها بقبض المهر فهو كالاب يستوثق منه بالكفيل في قبض المهر •

فصـــل

لا يقبل مهر الغائبة

٦٠٦١ ـ واتفق الجميع على انه اذا لم تكن في منزله وهي غائبة

لا يقدر على تسليمها انه ليس له قبض المهر ، وانما يقبض اذا كانت في منزله وتحت نظره •

٦٠٦٢ ـ فان كانت غائبة أو خارجة عن منزله لم يدفع المهر حتى تحضر وتسلم نفسها ، وهذا قول ابي يوسف الذي صار اليه لا يدفع المهر حتى تحضر •

٦٠٦٣ ـ وقال غيره ، عليه ان يدفع بشرط التسليم على ما تقدم •

فصـــــل

إثبات المهر عند الحاكم

٦٠٦٤ ـ واتفق الجميع على ان للوكيل والاب ان يثبتا المهر عند الحاكم ويسجلانه وان لم يجز لهما قبضه حتى تحضر •

فصـــــل

مهر الثيب

٦٠٦٥ ـ واتفق الجميع على ان الثيب لا يقبض مهرها الا باذنها دون السكوت ، وابوها في المهر كسائر الاجانب •

فصـــــل

لا بد في ادعاء الزوج الدخول من بينة

٦٠٦٦ ـ واذا اختلف الاب والزوج فقال الاب بنتي بكر وهي في منزلي ، وقال الزوج قد دخلت بها ، لتسقط المطالبة بقبض المهر فالقول قول الاب ، لان الاصل عدم الدخول فلا يقبل من الزوج دعواه بغير بينة •

٦٠٦٧ ـ وان طلب الزوج يمين الاب فلا يمين عليه ، لانه لو اقر لم يقبل منه عليها •

٦٠٦٨ ـ وان اقر الاب بذلك لم يكن له ان يطلب المهر منه ويكون

الطلب اليها •

٦٠٦٩ ـ وان طلب الزوج سؤالها عما ادعاه فان كانت خفرة (مخدرة) ارسل اليها من يسألها من امنائه ، ورجلين يعرفانها مع الاب ، فان اقرت بما ادعاه الزوج امرها ان تحضر في منزل الزوج ، وان انكرت فالقول قولها ، وكذلك ان حضرت •

٦٠٧٠ ـ وهذا قول ابي يوسف ومحمد والشافعي •

٦٠٧١ ـ وعند ابي حنيفة ليس عليها الحضور وان اقرت حتى تقبض المهر لان لها حق حبسها[١] بعد الدخول بها حتى تأخذ المهر •

فصـــل

تحليفها على عدم الدخول

٦٠٧٢ ـ وله ان يستحلفها انه ما دخل بها ، لانها لو اقرت لزمها عند ابي يوسف ومحمد •

فصـــل

ادعى رضاها في الدخول

٦٠٧٣ ـ وان ادعى الرضا في الدخول بها وانكرت ذلك ، فالقول قولها لانها لم ترض بذلك لأنـه يدعى سـقوط حقها من الحبس ، وهي تنكر ذلك •

فصـــل

بالخلوة يجب المهر فقط

٦٠٧٤ ـ وليس له ان يجبرها بعد الخلوة بها ان تسلم نفسها ، لان الخلوة ليست بدخول ولا جماع ، وانما وجب المهر للسنة والاثر في ذلك ،

(١) اي حق حبس نفسها بالمهر •

وهذا لا خلاف فيه بين الجميع .

فصـــل

حبس الزوج بالمهر

٦٠٧٥ ـ ولها ان تحبس الزوج بالمهر وقد مضى الخلاف فيما تقدم من الكتاب فيما يحبس به من الدين وما لا يحبس به وكيفية ذلك من اول الكتـاب .

فصـــل

المطالبة بالنفقة في مدة الحبس

٦٠٧٦ ـ ولها المطالبة في مدة الحبس والمطالبة الى ان تستوفي المهر ، ويفرض ذلك لها القاضي ،لانه حق وجب لها بالنكاح كسائر الحقوق .

فصـــل

لا تحبس الزوجة مع الزوج

٦٠٧٧ ـ وان طلب الزوج حبسها معه ، وقال ان لي في الحبس موضعا خاليا فاريد ان تكون معي لم تحبس لان حبسها في الحبس لا يستحقه عليها ، ولكن تكون في منزله لا تخرج ولا تدخل ويكون هو في الحبس .

٦٠٧٨ ـ وقد كان ينبغي على قول من قال انها ليس لها ان تمتنع بعد الوطء عليه ان الزوج اذا طلبها في الحبس ليطأها انه يجب عليها ذلك ان كان خاليا ، لانهم قالوا : وله في الحبس ان يطأ الزوجة والامة ، ان كان خاليا ، ولا يطأ اذا كان معه غيره .

٦٠٧٩ ـ وقالوا لا يخرجه من الحبس ليطأ لأن في خروجه فكاكاً للحبس عنه ، وهذا لا يجوز[1] ، وقد مضى ذكر ذلك في باب الحبس من

---

(١) ينبغي في عصرنا هذا ان يقال بالجواز اذا تعهد بالعودة للحبس ، وكان ممن يوثق بقوله لأن في ذلك تيسيرا عليه في قضاء حاجة طبيعية مباحة له شرعا، ولان فيه دفع مضار نفسية وخلقية شديدة الوطأة وخيمة العاقبة .

هذا الكتاب •

فصـــــل

مطالبة الأب بمهر الصغيرة وبنفقتها

٦٠٨٠ ـ وان كانت الزوجة صغيرة وطلب الاب مهرها فله ذلك ويجبر الزوج على ذلك ان رضي بتأخير حقه من الوطء •

٦٠٨١ ـ ولو انه طلب النفقة لها فان كانت تصلح للوطء فرض القاضي لها ، وان لم تصلح لم يفرض لها حتى تصلح لذلك لان ذلك في مقابلة التمكين من الوطء ، والمهر يجب في مقابلة الاباحة للبضع •

فصـــــل

خلاف الأب والزوج حول صلاحها للرجال

٦٠٨٢ ـ ولو قال الزوج انها تصلح للرجال وقال الاب لا تصلح أو سلمت اليه فقال قد دخلت بها وهي تصلح ، وقال الأب قد دخل بها وعقرها وهي لا تصلح فان القاضي يريها النساء الثقات ، فان قلن انها تصلح امره بدفعها اذا دفع المهر ، وان قلن لا تصلح لم يأمر بتسليمها في جميع ما ذكرنا •

فصـــــل

قبض الأب مهر الكبيرة والإنفاق عليها من مال زوجها الصغير

٦٠٨٣ ـ وللأب ان يقبض مهر ابنته الكبيرة البكر اذا كان زوجها صغيرا وكان ابوه قد زوجه •

٦٠٨٤ ـ وينفق على الكبيرة من مال الغلام لانها تصلح للوطء والعجز من قبل الزوج •

فصـــــل

نفقة البالغة الصغيرة بصلاحها للوطء

٦٠٨٥ ـ وان كانت صغيرة تحت بالغ فلا نفقة لها ولا يفرض حتى

تصلح للوطء عندنا •

٦٠٨٦ ـ وللشافعي قولان احدهما التسوية بين الجميع في اسقاط النفقة والثاني التسوية في الوجوب •

فصــــل

مهر الثيب الصغيرة

٦٠٨٧ ـ والثيب الصغيرة كالبكر الصغيرة والكبيرة في حق الأب في قبض المهر ولا خلاف في هذا الفصل •

فصــــل

اختلاف الأب والزوج في موت الزوجة

٦٠٨٨ ـ ولو قال الاب للزوج قد ماتت ابنتي وانا الوارث ، وانت ايها الزوج فسلم الي حقي من الميراث ، وقال الزوج بل هي باقية وانما تريد ان تمنعني حقي بهذا القول ، فان الزوج لا يسلم المهر اليه لانه قد أقر أنه لا ولاية له في القبض لابنته، وانما يقبل قوله مع قيام الولاية •

٦٠٨٩ ـ ولو كان الاب قال انها ميتة •

وقال الزوج قد ماتت فللاب ان يقبض المهر ويستوثق منه بالكفيل ، فان سلمها اليه والا رجع عليه الزوج بنصف المهر بالميراث ، وكذلك ان صدقه فيما قال فهو مثل ذلك •

كتاب القسمة

بين النساء في العشرة

٦٠٩٠ ـ والقسم بين النساء الحرائر واجب سواء مسلمات كن او كتابيات ومسلمات •

٦٠٩١ ـ فان كن اماء وحدهن فكذلك •

٦٠٩٢ ـ وان كن اماء وحرائر قسم للحرة يومين وللأمة يوما لتفاضل الحرة والامة وكون عدتها ازيد من الامة فالقسم مثله •

٦٠٩٣ ـ وقد روى عن علي بن ابي طالب ـ رضى الله عنه ـ انـه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة عـلى الامـة •

٦٠٩٤ ـ وللحرة الثلثان من القسمة •

٦٠٩٥ ـ ولا يقسم في حال السفر وان سافر ببعضهن فلا قسم عليه لمن بقى •

٦٠٩٦ ـ وقال الشافعي ان كان بقرعة لم يقض ، وان كان بغير قرعة قضى للباقي ، لانه لا يلزمه ان يسافر بشيء منهن •

٦٠٩٧ ـ والمريض في القسمة بمنزلة الصحيح اذا كان مقيما في التسوية في الاقامة عندهن •

٦٠٩٨ ـ والبكر والثيب في ذلك سواء ، وان كن كلهن ابكارا أو ثيبات فكذلك ، ولا فرق بين ان يتزوجهن معا أو واحدة بعد الاخرى •

٦٠٩٩ ـ والابتداء والبقاء في ذلك سواء •

٦١٠٠ ـ وقال الشافعي تفضل البكر سبعة ايام ، والثيب بالخيار ان

شاءت اقام عندها سبعا وقضى وانه شاءت خصها بثلاث •

٦١٠١ ـ والتفضيل ميل وترك للتسوية ، ولو وجب ذلك لكان حالة البقاء مثله كالحرة والامة •

فصـــــل

تنازل إحدى الزوجات عن قسمتها

٦١٠٢ ـ وان اصطلحن على شيء رضين به فيما بينهن فهو جائز ، وان رضيت احداهن بان لا قسم لها فهو جائز ، وقد فعلت ذلك سودة(١) وجعلت يومها لعائشة ـ رضي الله عنها ـ فردها النبي (ص) ورد عليها يومها •

٦١٠٣ ـ وان تركت يومها فلها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد •

٦١٠٤ ـ وان طلب الزوجة القسم وهي وحدها فقد قال الطحاوي في المختصر يكون عندها يوما من اربعة ايام وليلة من اربع ، وان كانت امة فيكون لها يوم من سبعة ايام •

٦١٠٥ ـ وقال غيره اذا لم يكن لها ضرة لم تستحق القسم •

فصـــــل

الشقاق والحكمان

٦١٠٦ ـ والشقاق اذا وقع بين الزوجين بعث القاضي حكمين ينظران

---

(١) جامع مسانيد الامام ١٥٢/٢ وفيه « أبو حنيفة عن الهيثم ان النبي (ص) قال لسودة اعتدى ، فقعدت له على طريق ، وقالت : يا نبي الله راجعني ، فاني قد وهبت يومي في القسم لعائشة ، فراجعها » •

بينهما[1] •

٦١٠٧ ـ وليس للحكمين ان يطلقا الا ان يجعل اليهما الزوج ذلك •

٦١٠٨ ـ وبه قال الشافعي في الجديد ، وقال في القول الآخر ، اذا رأيا الفرقة وبعوض أو بغير عوض فلهما ذلك ، وان رأى الذي من جهة الزوج الفرقة جاز ولا يحتاج في الطلاق الى رأى الذي من جهة المرأة •

٦١٠٩ ـ ولو جازلهما الفرقة لكان القاضي اولى بذلك •

٦١١٠ ـ ورضى الزوج شرط في اسقاط حقه من البضع •

فصـــــل

نثار العرس

٦١١١ ـ وقال اصحابنا ، لا بأس بنثار العرس ولا بأس بأخذه •

٦١١٢ ـ وقال الشافعي احب الى تركه •

٦١١٣ ـ وقد اتفق الجميع على الاباحة [اذ] يجوز ان يثبت لغير معين في الهدي اذا عطب دون محله ، وقد يجوز ان يختلف في حكم الهبـة في الاباحة كما يختلف حكم البيع في التفاضل فيجوز في موضع ولا يجوز في آخر •

٦١١٤ ـ وقد ذكرنا حكم الانسان اذا دعى الى طعام غيره ، والقاضي اذا دعى فيما تقدم من الكتاب ، وبينا ما يحل من ذلك وما يحرم وما يستحب ، وذكرنا الخلاف هناك فيه •

---

(١) والاصل في ذلك قوله تعالى « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من أهلها ، ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما (٤/٣٥) وانظر ما قلناه بصدد التحكيم بين الزوجين كتابنا الاسرة والمرأة (ص٤٦ـ٤٧) ولقد نظم قانون الاحوال الشخصـــية العراقي رقم ١٨٨ لسـنة ١٩٥٩ التحكيم بين الزوجين في المادة (٤٠) منه في صدد التفريق للضرر والشقاق والظاهر من هذه المادة انها اخذت بالرأي القائل بانه لا يجوز للحكمين ان يطلقا وانها سلبت منهما ذلك بصورة مطلقة فقد حصرت الفقرة (٣) من هذه المادة مهمة الحكمين في ان « يجتهدا في الاصلاح ، فان تعذر عليهما ذلك رفعا الامر الى القاضي موضحين له الطرف الذي ثبت لهما انه هو المقصر ، دون ان يكون لهما التطليق •

كتاب الرضاع

وهذا كتاب الرضاع

٦١١٥ ـ وقد كان الواجب ان نذكر ذلك في الباب الذي يحرم نكاحه وما لا يذكر ، غير ان الناس افردوه عن النكاح فاتبعنا من تقدم في ذلك •

فصل

الآثار المروية في التحريم بالرضاع

٦١١٦ ـ والاصل في ذلك قوله تعالى : « وامهاتكم اللاتي ارضعنكم (واخواتكم من الرضاعة) »[١] •

وقوله عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »[٢] • وقد بينا في ذلك تفسير الآية •

فصل

اللبن لمن

٦١١٧ ـ وعند اصحابنا ان اللبن لمن يكون للمرأة والرجل جميعا •

٦١١٨ ـ وهو قول الشافعي ، وعامة الفقهاء ان زوج المرضعة اذا كان اللبن لولده ان المرضع (كذا) لان الاصل ان اللبن يتولد بالوطء وهو من الرجل ، ومن الفقهاء من قال لا يحرم على اولاد الزوج ، وان اللبن للمرأة

---

(١) النساء ٤/٢٣ •

(٢) سيأتي في الهامش اللاحق • وانظر جامع مسانيد الامام ٩٧/٢ وفيه « ابو حنيفة عن الحكم بن عتيبة عن القاسم بن مخيمرو عن شريح بن هانيء عن علي بن ابي طالب (رض) عن النبي (ص) انه قال : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قليله وكثيره » •

خاصة دون الرجل والاول جاءت السنة في ابن ابي القعيس[1] حين قال النبي (ص) لعائشة ـ رضي الله عنها ـ ليلج عليك عمك •

فصـــــل

حرمة الرضيع على أولاد من أرضعته جميعاً

٦١١٩ ـ والمرأة اذا ارضعت صبياً بلبن ولدها فذلك الصبي المرضع على اولادها حرام من كان منهم ومن يكون ابداً واخوه حلال لاولادها وكذلك اخته •

فصـــــل

مدة الرضاع

٦١٢٠ ـ واختلف في مدة الرضاع فقال اصحابنا لا يحرم رضاع الكبير ، وقد كان في الشرع ثابتا ونسخ ، ومن الناس من قال يحرم ، والتحريم يحصل بحصول اللبن في الجوف في اي حال كان •

٦١٢١ ـ واختلف القائلون بانه يختص بمدة فمنهم من قال يحرم قبل البلوغ ، ولا يحرم بعده •

٦١٢٢ ـ وقال زفر يحرم في ثلاث سنين ولا يحرم بعدها •

٦١٢٣ ـ وقال ابو يوسف والشافعي يحرم في الحولين ولا يحرم بعدها •

---

(١) في جامع مسانيد الامام (٢/٩٤) « ابو حنيفة والحجاج بن ارطأة وعبدالله بن شبرمه وشعبة كلهم عن عراك بن مالك عن عائشة (رض) ان افلح بن ابي القعيس استاذن على عائشة فاحتجبت منه ، فقال : انا عمك اذ رضعت لبن امرأة أخي •

فسالت عائشة رسول الله (ص) عن ذلك فقال صدق افلح ليلج عليك فانه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، فكانت لا تحتجب منه بعده » • وانظر هذا الحديث في سبل السلام ٣/٢١٦ •

٦١٢٤ ـ والآية عامة ، والخبر الثابت مطلق ، والذي روى عنه ـ عليه السلام ـ انه قال لا رضاع بعد فصال •

٦١٢٥ ـ وقال الله تعالى « وفصاله في عامين »[1] لا يدل على ان ما زاد بخلاف ذلك الا من حيث دليل الخطاب ، ولكل وجه فيما قال •

فصـــل

٦١٢٦ ـ واختلف في العدد المحرم ، فقال اصحابنا قليل الرضاع وكثيره سواء في التحريم •

٦١٢٧ ـ وقال الشافعي لا يحرم الا خمس رضعات فما زاد ، ولا يحرم بدون ذلك •

٦١٢٨ ـ وعن ابن الزبير انه لا تحرم المصة ولا المصتان ويحرم بالثلاث •

٦١٢٩ ـ واتفق على ان كل محرم يسيره وكثيره سواء كالخمر والخنزير والميته والدم والبول والنجاسات وأكل مال الغير[2] •

فصـــل

لبن الميتة

٦١٣٠ ـ ولا فرق بين لبن الحية والميتة في التحريم عندنا •

٦١٣١ ـ وقال الشافعي لبن الميتة لا يحرم[3] •

٦١٣٢ ـ وقالوا جميعا لو حلب في اناء وترك حتى ماتت المرأة وسقي

---

(١) ١٤/٣١ •

(٢) اي ان اكل مال الغير محرم يسيرا كان ام كثيرا • وهذا اصل مهم في الكسب دون سبب •

(٣) وهو الراجح عندي لان لبن الميتة فاسد فخالف لبن الحية •

الصبي فانه يحرم لان اللبن لا يموت ولا يحله الموت ، وغاية ما فيه انـه يتنجس بالموت ولو نجس في حال الحياة لكان محرما كالطاهر سواء •

فصـــــل

التسعيط بلبن امرأة

٦١٣٣ ـ ومن سعط بلبن امرأة فهو رضاع لانه وصل الى جوف المرضـع •

فصـــــل

الحقن بلبن امرأة

٦١٣٤ ـ وان حقن به صبي فليس برضاع لانه لا ينبت اللحم ولا يقوم مقام الغذاء في العادة •

فصـــــل

خلط اللبن وطبخه

٦١٣٥ ـ واللبن اذا خلط بطعام فكان الطعام هو الغالب فليس برضاع ، وكذلك ان طبخ بالنار •

٦١٣٦ ـ وهذا قولهم جميعا•

٦١٣٧ ـ وكذلك اذا خلط بالماء وكان الماء غالبا •

٦١٣٨ ـ وقال الشافعي يحرم اذا كان فيه قدر خمس رضعات •

٦١٣٩ ـ وقال في النجاسة في القلتين لا يحرم وان كان قدرا يحرم منفردا •

٦١٤٠ ـ وان كان اللبن هو الغالب لا يحرم عند ابي حنيفة •

٦١٤١ ـ وحـرم عندهمـا وهو قول الشـافعي حكى الخلاف عنهما أبو موسى في المختصر وابو الليث في خلافه[1] •

---

(١) اشارة الى مختلف الرواية لأبى الليث السمرقندي •

فصـــل

خلطه بلبن امرأة أخرى

٦١٤٢ ـ وان خلط بلبن امرأة اخرى فسقى منه صبي ، فانه يكون ولدهمـا جميعا ، ولا فرق بين يسـير ذلك وكثيرة عند زفر ومحمد بن الحسـن •

٦١٤٣ ـ والنجس لا يغلب النجس •

٦١٤٤ ـ وعند ابي حنيفة وابي يوسف يكون اللبن للغالب ايهما كان ، ولم يذكر اصحابنا اذا تساويا وينبغي ان يثبت التحريم بينهما •

فصـــل

تزوجت وهي مرضعة

٦١٤٥ ـ ومن تزوجت وهي مرضعة من زوجها الاول وحملت من الثاني ، فاللبن للاول حتى تضع عند ابي حنيفة •

٦١٤٦ ـ وقال أبو يوسف ان عرف ان اللبن الثاني من الزوج الثاني فهو منه •

٦١٤٧ ـ وقال محمد استحسن ، ان يكون اللبن في حال الحمل ، منهما جميعا ، فاذا وضعت فاللبن للثاني في قولهم جميعا •

فصـــل

لبن الثيب والبكر

٦١٤٨ ـ ولبن الثيب والبكر سواء في التحريم لانه لبن امرأة •

فصـــل

لبن الرجل

٦١٤٩ ـ ولو نزل لرجل لبن فارضع به صبي لم يحرم بذلك •

فصـــــل

لبن غير الإنسان

٦١٥٠ ـ وان ارتضع صغيران من لبن شـاة أو بقرة لم يكن ذلك رضاعا ولا يثبت بينهما اخوة •

فصـــــل

زوجته الكبيرة أرضعت الصغرى

٦١٥١ ـ واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة لها لبن فارضعت الكبيرة الصغيرة انفسخ نكاحهما جميعا •

٦١٥٢ ـ فان كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعا على التأبيد •

٦١٥٣ ـ وان لم يكن دخل بالكبيرة جاز له ان يتزوج الصغيرة لانه لم يدخل بامها •

٦١٥٤ ـ ويجب نصف مهر الصغيرة على الكبيرة ان كانت قصـدت التحريم ، وان لم تقصد ذلك فلا شيء عليها •

٦١٥٥ ـ وقال الشافعي تغرم في الحالين •

٦١٥٦ ـ ولا مهر للكبيرة ان كان لم يدخل بها لانها منعت لنفسها فهي كالمرتدة سواء •

٦١٥٧ ـ وان دخل بها فلهاالمهر لانه استحل فرجها ، وقد قال النبي ـ عليه السلام ـ « ولها المهر بما استحل من فرجها »[١] •

---

(١) « اذا ادخلت المرأتان كل واحدة منهما على غير زوجها فوطئت كل واحدة منهما ، قال : ترد كل واحدة على زوجها ولها الطلاق بما أستحل من فرجها ولا يقربها زوجها حتى تنقضي عدتها •
(جامع مسانيد الامام ٢/١٠٣) •

فصـــــل

قوله لزوجته هذه أختي

٦١٥٨ ـ واذ قال الزوج لزوجته هذه اختي من النسب أو الرضاع وقعت الفرقة بينهما فان صدقته على ما قال فلا مهر لها ، ان كان لم يدخل بها ، وان دخل بها فلها المهر •

٦١٥٩ ـ وان كذبته فلها نصف المهر •

٦١٦٠ ـ ولو رجعا وكذبا انفسهما وقالا غلطنا في ذلك القول فلهما ان يتزوجا •

٦١٦١ ـ وقال الشافعي ليس لهما ذلك واقرارهما يلزم على الابد •

فصـــــل

أرضعت الكبيرة الصغيرتين

٦١٦٢ ـ ولو تزوج كبيرة وصغيرتين فارضعتهما الكبيرة معا بنّ جميعا منه ، والقول في المهر على ما تقدم •

٦١٦٣ ـ ولو ارضعتهما واحدة بعد الاخرى فالبائنة امرأته على حالها لانها ارضعتهما وهي بائنةمنه فلا يكون رضاعا •

فصـــــل

ادعت أنها أرضعت امرأتيه

٦١٦٤ ـ ولو تزوج بأمرأتين فجاءتامرأة اليهما وقالتأني أرضعتكما في الصغر ، قال أصحابنا الاولى لهما أن يتفرقا ولا يجبرهما على الفرقة ، وقد قيل للنبي الا تتزوج بنت حمزة فأنها من أجمل امرأة في قريش فقال

هي أختي من الرضاعة أرضعتني واياها ثويبة[1] [أمه امى لهب][2] .

٦١٦٥/وقد روى أن أمرأة سوداء جاءت الى رجل وامرأته لتسليهما فردا عليها فقالت أني قد أرضعتكما ، فسئل النبي عليه السلام عن ذلك فقال: كيف وقد قيل[3] .

فصـــــل

الشهادة على الرضاع

٦١٦٦/وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا نقبل على الرضـاع الا شهادة شاهدين .

٦١٦٧/وقال أصحابنا ، ونقبل شهادة رجل وامرأتين لان بها تثبت الحقوق والامـوال .

٦١٦٨/وقال الشافعي ، تقبل على الرضاع شهادة أربع نسوة ولا رجل معهـــن .

٦١٦٩/وعندنا لابد من رجل في الرضاع ولا تقبل شهادة النســاء منفردات .

---

(١) سبل السلام ٢١٧/٣ وفيها « عن ابن عباس (رض) أن النبي (ص) اريد على ابنة حمزة ، أي قيل له تزوجها فقال : انها لا تحل لي انها ابنة اخي من الرضاعة ، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النســـب . متفق عليه .

(٢) الزيادة التى بين قوسين من سبل السلام ايضا .

(٣) سبل السلام ٢١٨/٣ وفيها « عن عقبة بن الحارث وهو ابو سروعة عقبة بن الحارث بن عامر القرشي النوفلي . انه تزوج ام يحيى بنت ابي اهاب فجاءت امرأة . فقالت : قد ارضعتكما ، فسأل النبي (ص) فقال : كيف وقد قيل ففارقها عقبة فنكحت زوجا غيره . اخرجـه البخاري . الحديث دليل على ان شهادة المرضعة وحدها تقبل .

٦١٧٠/وهو لا يقبل في الطلاق شهادة رجل وامرأتين ولا يفرق بين الزوجين ، ويفرق بينهما اذا شهد النساء بالرضاع •

٦١٧١/ومسائل الرضاع كثيرة ، وقد عمل الخصاف فيه كتابا منفردا فروى عجيبـــه •

٦١٧٢/واذ قد ذكرنا حكم النكاح والرضاع وكان البضع يملك من الحرة بالعوض فهل لمن ملكه أن يأخذ عنه عوضا أم لا ؟ وهذا يقتضي أن نذكر الخلع وما يجب به العوض للزوج •

كتاب الخلع

وهذا كتاب الخلع(١)

٦١٧٣/أعلم أن الخلع أمر ورد القرآن به ، وحكم فيه النبي(٢)

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة (خلع) :

« خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه كنزعه ، الا أن في الخلع مهلة ، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع ... وخلع الربقة عن عنقه : نقض عهده، وتخالع القوم نقضوا الحلف والعهد بينهم . وفي الحديث : « من خلع يداً من طاعة الله لقي الله لا حجة له » .

أي من خرج من طاعة سلطانه ، وعدا عليه بالشر ...

وخلع امرأته خلعا بالضم وخلاعاً، فاختلعت، وخالعته أزالها عن نفسه، وطلقها على بذل منها له ، فهي خالع ، والاسم الخُلعة ، وقد تخالعا ، واختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة ...

أنشد ابن الاعرابي :

مولعات بهات هات فان

شَقَرَ مال اردن منك الخلاعا

شقَر مال : قلَ

قال أبو منصور : خلع امرأته ، وخالعها ، اذا أفتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه ، وسمى ذلك الفرق خُلعا ، لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا لهن فقال : « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » وهي ضجيعة وضجيعته ، فاذا أفتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها لِيبينها منه فأجابها الى ذلك فقد بانت منه ، وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه . والاسم من كل ذلك الخُلع والمصدر الخَلع ، فهذا معنى الخُلع عند الفقهاء ا هـ

(٢) أورد ابن يتيمه في منتقى الاخبار (٦/٢٧٦ ـ ٢٨٢) جملة من الاخبار الواردة عن النبي (ص) في القضاء بالخلع في شكوى امرأة ثابت بن قيس بن شمّاس ، وأنها أختلعت على عهد رسول الله «ص» فأمرها برد حديقته التي مهرها لها دون زيادة وخلى سبيلها .

والأمة بعده ، وهو يدور في الدنيا ولا يكاد يخلو الزمان من وجوده ، وله أحكام وشعب وخلاف ووفاق •

وقد قال الله تعالى :

(ولا جناح عليهما فيما أفتدت به)[1]

فصـــــل

٦١٧٤/ويجوز عندنا بما دفعه اليها وباقل منه وبما زاد ، ولا يكـره له الفضل اذا كان النشوز من قبلها ، وان كان من قبله وتعنته كره لـــه الفضل ، وفي الناس من قال لايجوز بالزيادة على المهر[2] •

---

(١) البقرة ٢٢٩ •

(٢) هذه الاراء تدور حول مبدائى الكسب دون سبب والتعسف في أستعمال الحق ضراراً • هذا وقد اجازت الفقرة (٣) من المادة (٤٦) مـن قانون الاحوال الشخصية أخذ الفضل على المهر في الخلع والراجح عندي أن هذه الزيادة لاتعد مشروعة الا أذا كان لها سبب معقول كأن تكون تعويضا
هذا وقد نظم قانون الاحوال الشخصية العراقي الخلع فخصه بمـادة واحدة هي المادة (٤٦) التي وردت بعنوان التفريق الاختيارى (الخلع) • وقد عرفت الفقرة الاولى من هذه المادة الخلع بانه « ازالة قيد الزواج بلفــظ الخلع أو ما في معناه ، وينعقد بايجاب وقبول امام القاضى ، مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون ، وبذا لم يعد الخلع تصرفا اراديا من جمع الوجوه فقد اخضعه هذا النص لاشراف القاضى فأوجب ان يتم أنعقاده أمام القاضى واحال الى المادة (٣٩) من هذا القانون ومعنى هذا أن الخلع الذى يقع مع تعذر مراجعة المحكمة يجب أن يسجل في المحكمـة فان لم يتم التسجيل بقيت حجة الزواج معتبرة الى حين ابطالها من طرف المحكمة وكل ذلك اسوة بالطلاق وبذلك خضع الخلع من حيث هو اتفـاق لتوجيه القضاء وتدخل المشرع الوضعي منعا لاساءة أستعمال هذا الحـــق أو الالجاء عليه أما المدة الى ينبغى ان يسجل الخلع الواقع خارج المحكمـة خلالها في المحكمة فهي مدة العدة •

فصـــــل

٦١٧٦/وهو عندنا طلاق بائن الا أن ينوى ثلاثا فيكون كما نوى ، سائر المواضع[1] .

فصـــــل

الخلع طلاق بائن

٦١٦٧/وهو عندنا طلاق بائن الا أن ينوى ثلاثا فيكون كما نوى ، الا أن ينوى أثنتين فيكون واحدة عند أصحابنا خلاف زفر ، بناء عـــلى الكنايات اذا نوى بها ذلك .

٦١٧٧/وهو طلاق في جميع الاحوال وينقص به العدد .

٦١٧٨/وقال الشافعي في أحد قوليه هو صريح في الفسخ ، والثاني كناية في الطلاق فان نوى به الطلاق كان طلاقا ، وان لم تكن له نيـــة فهـــو فســـخ .

٦١٧٩/ولو كان فسخا لما صح بين غير الزوج والزوجة ، ولا ببدل هو أقل من المهر ولا أكثر ، ولا بغير جنس المهر ولكان كالاقالة في البيع يملكها ولي الصغير والصغيرة ، ولكان لايجوز بعد الدخول .

٦١٨٠/والفرقة الواقعة من جهة المرأة التي لم يجعلها الزوج اليها فهي فسخ ، وكل فرقة جاءت من قبل الزوج وقطعت النكاح على وجـــه

(١) انظر مع ذلك نص الفقرة الاولى من المادة (٤٦) والمادة (٣٩) من قانون الاحوال الشخصية وقد حصر الخلع من حيث الشكل فاوجب في الاصل ايقاعه في المحكمة وعند التعذر أوجب تسجيله والمحكمة هي التـي تقدر حالة التعذر ، ولها أن تمتنع عن طلب تسجيل الخلع الواقـع خارج المحكمة عند عدم ثبوت تعذر ايقاعه امامها ، على ما نرى ، لان الحكمة من الخلع تقتضي عدم التوسع في الاستثناء المذكور .

لا يتأبد فهي طلاق عند أبي حنيفة الا الردة وخيار الغلام اذا بلغ •

٦١٨١/وقال أبو يوسف الا ذلك واباء الزوج الاسلام •

٦١٨٢/وقال محمد كل ذلك طلاق الاخيار الغلام اذا بلغ •

٦١٨٣/واتفق الجميع على أن سائر الفرق غير الطلاق لا يجوز أخذ العوض عنها بحال ، وأنها اذا نوى بها الطلاق فليس بطلاق •

فصـــل

طلقني طلقة بألف

٦١٨٤/ولو قالت المرأة لزوجها ، طلقني طلقة بالف ، فطلقها ثلاثاً وقعت الثلاث ولا شيء عليها عند أبي حنيفة •

٦١٨٥/وقالا عليها الالف •

٦١٨٦/وهو قول الشافعي •

٦١٨٧/لانه أجابها الى غير ما سألت ، وبالزيادة التي أضافها تغير حكم المزيد عليه وتغير الشرط •

فصـــل

طلقني طلقة ولك ألف

٦١٨٨/ولو قالت طلقني طلقة ولك ألف أو اخلعني ولك ألف ، ففعل وقع الطلاق ولا شيء عليها عند ابى حنيفة •

٦١٨٩/وقال أبو يوسف ومحمد يجب العوض ، وهو قول الشافعي•

٦١٩٠/وكذلك الخلاف لو قال العبد ذلك ، لان قولها ولك ألف خبر عما له من المال لا خبر عما عليها من العوض ، وهو مثل قولها ولك دار أو عبد أو أزيد لا الف درهم ، وقد كان القياس أن لايكون ذلك عوضا في الاجارة •

فصـــــل

طلقني ثلاثاً على ألف

٦١٩١/ولو قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحـــدة وقعت ولا عوض عليهـــا •

٦١٩٢/وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يستحق ثلث الالف لان « علي » فيها معنى الشرط •

٦١٩٣/ولا يلزم العوض مع الشك[1] لان الجواب يجب ان يطابق السؤال في الجملة •

فصـــــل

طلقي نفسك واحدة بألف

٦١٩٤/ولو قال لها طلقي نفسك واحدة بالف فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع عليها شيء عند أبي حنيفة •

٦١٩٥/وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يقع واحدة بالالف •

٦١٩٦/لان الطلاق اختلف لفظا ومعنى فلم يفعل المأمور به •

فصـــــل

خلعها على أن له الرجعة

٦١٩٧/ولو خلعها على مال على أن له الرجعة صح الخلع ، وبطـل شـــرط الرجعـة •

٦١٩٨/وقال الشافعي يسقط العوض وتثبت الرجعة •

---

(١) هذا قريب من قاعدة ان الشك يفســـر في مصلحة المدين في القوانين المدنية الوضعية •

٦١٩٩/لان الخلع يقتضى البينونة وهي موجب الخلع فلا يصح نفيها كما لو شرط أن لايقع الطلاق ، وهو فسخ عنده ، والفسخ لا تثبت فيه الرجعة أيضا لانه يرفع النكاح فلا ترجع بغير عقد ، وكان الواجب اذا لم يصح الشرط أن لايقع الطلاق •

٦٢٠٠/وقال المزني يبطل الشرطان جميعا ويقع الطلاق بائنا ويجب مهر المثل ، والشرط اذا بطل بطل ما علق عليه ، ومهر المثل غير مشروط ، ولا أستحق ما شرطه عليه •

فصـــــل

الخلع على خمر أو خنزير

٦٢٠١/ولو خلعها على خمر وخنزير وميتة أو شيء لا قيمة له وقع الخلع ولم يستحق عليها تسليم ذلك ولا عوضا سواه •

٦٢٠٢/وقال الشافعي يقع ويلزمها رد مهر مثلها •

٦٢٠٣/لانها لم تغره ، وخروج البضع لا قيمة له •

فصـــــل

صريح الطلاق في الخلع[1]

٦٢٠٤/والمختلعة يلحقهـا صريح الطلاق بغير عوض ، ولا يلحقهـا

---

(١) لم يشر السمناني الى الالفاظ الصريحة بالخلع وقـد جاء في بداية المجتهد (ج ٢ ص ٥٤) •
ان اسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤل الى معنى واحد ، وهو بذل العوض على طلاقها :
الا أن اسم الخلع يختص ببذلها جميع ما اعطاها
والصلح ببعضه •
والفديـة باكثره •
والمبارأة باسقاطها عنه حقاً لها عليه •
على ما زعم الفقهاء • • ا هـ •

بعوض ، وكذلك أعتدي واستبرئي رحمك ، وانت واحدة ، في رواية وفي أخرى هذه الالفاظ كسائر الكنايات لا يلحقها الا أن تكون معلقة بشرط وجد في العلة فيقع ذلك •

٦٢٠٥/وقال الشافعي ، كل بائنة لا يلحقها طلاق بحال •

٦٢٠٦/وبقولنا قال أبن مسعود وابراهيم والشعبي ، وشبهوا ذلك بالمكاتبة انه يجوز للمولى عنها •

فصل

البدل المجهول الصفة في الخلع

٦٢٠٧/والبدل المجهول الصفة والقدر يثبت في الخلع كما يثبت في النكاح ، ويجوز أن يثبت ما لايثبت مهرا بحال ، مثل ما تلد الغنم وتحمل الشجر ، فان لم تحمل رجع بما أعطى •

٦٢٠٨/وفي هذا الباب تفصيل كثير يطول شرحه ان ذكرناه •

٦٢٠٩/وقال الشافعي يجب مهر المثل في هذه المواضع اذا ذكر مهرا مجهولا لان ما يصح الوصية به من الاعيان يجوز ان يثبت بدلا في الخلع بالحاضر من الاعيان •

فصل

مخالعة المريضة

٦٢١٠/وما تبذله المرأة في الخلع اذا كانت مريضة يعتبر من الثلث •

٦٢١١/وقال الشافعي مقدار مهر المثل رأس المال والزيادة عليه من الثلث •

٦٢١٢/لانها بذلت عما ليس بمال حصل لها فصار كهبة المال •

فصـــــل

خلعها على نفقة عدتها

٦٢١٣/وان خلعها على نفقة عدتها صح الخلع وسقطت النفقة وقال الشافعي لها النفقة اذا كانت حاملا ، ويرجع عليها بمهر المثل •

٦٢١٤/لان النفقة تصح بالكفالة بها فهي كاجرة الدار اذا جعلهـــا عوضـا في الخلـع •

٦٢١٥/وكان بعض أصحابنا يجعل الخلع واقعا على قدر النفقة وتقع قصاصا بما يجب لها في المستقبل •

فصـــــل

ما يترتب على الخلع

٦٢١٦/والخلع اذا وقع بلفظ الخلع والمبارأة والمفاداة على عوض ، وجب العوض وسقط كل حق يتعلق بالنكاح لكل واحد على صاحبه مـن صـــــداق ونفقة •

٦٢١٧/وأما سائر الديون من غير النكاح ففيها روايتان •

٦٢١٨/وقال محمد لا يسقط من الحقوق الا ما سمياه •

٦٢١٩/وهو قول الشافعي •

٦٢٢٠/وقال أبو يوسف ، في الخلع بقول محمد وفي المبارأة بقول أبي حنيفـــة •

فصـــــل

اختلفا في بدل الخلع

٦٢٢١/واذا أختلفا في بدل الخلع فالقول قول المرأة ان كانت هي

الباذلة ، وان كان غيرها فالقول قوله ولا يتحالفان •

٦٢٢٢/وقال الشافعي يتحالفان ويجب مهر المثل •

٦٢٢٣/لان البدل [هو] المستحق عليها فكان القول قولها كالغاصب •

فصـــــل

٦٢٢٤/وان نكلت عن اليمين لزمها ما قال الزوج •

٦٢٢٥/وان أقاما جميعا بينة فبينة الزوج أولى لانها تثبت البذل عليها•

فصـــــل

خلع على رضاع

٦٢٢٦/وان خلعها على رضاع أبنه منها[١] فمات قبل المدة وجب عليها قيمة رضاع المدة الباقية •

٦٢٢٧/وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل •

فصـــــل

الخلع على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي

٦٢٢٨/وان وقع الخلع على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي ،فحكم من له الحكم بشيء ورضى الزوجان به ، فهو جائز ما كان ، وان لم يرضيا به أو رضي به أحدهما جاز من ذلك قدر المهر ، ولا تجوز الزيادة اذا كان الحكم من الزوج وأبت المرأة ، وان كان الحكم من المرأة جاز مهر المثل وأكثر وان نقصته من المهر لم يجز على الزوج ويؤدى من يرضى منهما الى

(١) هذا مثال من أمثلة الاشتراط لمصلحة الغير اذا حصل الخلع على رضاع ابنه منها ، فكانت فائدة العقد مشترطة لغير الطرفين •

قدر مهر المثل وكذلك اذا حكم الاجنبى ، فان نقص اعتبر رضا الزوج ، وان زاد أعتبر رضا المرأة ، وان كان قدر الواجب لزمهما فكذلك الطلاق على مال في هذا كله سواء •

٦٢٢٩/وفي الخلع مسائل كثيرة •

ولما كان الخلع يجب به العوض وكان ما يجوز للانسان أن يأخذ عليه العوض يجوز أن يوقعه بغير عوض وكان الطلاق أمرا عمت به البلوى وجب ذكره •

كتاب الطلاق

وهذا كتاب الطلاق(١)

٦٢٣٠/اعلم أن الطلاق أمر استفاده الزوج بعقد النكاح ، قاطع لحقه من البضع ، اذا مضت العدة أو أستوفى عدد الطلاق ، أو أخذ عليه عوضا، أو اوقعه بلفظ البينونة عندنا .

عموم البلوى بالطلاق

٦٢٣١/ولما كانت البلوى به عامة ، والحلف به كثيرا ، وهو أكثر ما يسأل عنه العلماء ، ويحكم فيه الحكام ، ويقع فيه الخلاف والاعتراض، وجب أن نذكر من ذلك ما هو مختلف فيه ، وما يجوز ان يقع من حالف، فيعلم حكمه فقد جهل كثير من القضاة مواضع ظاهرة منه ، لا سيما اذا كان القاضي غير عارف بالفقه ، وليس عنده فقيه يرجع اليه ، فلهذا أستوفيت في هذا الكتاب أكثر ما يدور فيه وقربته الى الفهم بما يمكن ، وأسأل الله التوفيق

فصـــــل

شروط الطلاق

٦٢٣٢/اجمع الفقهاء على أن الطلاق لا يقع الا في ملك أو مضاف الى ملك اذا كان الحالف عاقلا مكلفا(١) .

---

(١) الظاهر من اقتصار السمناني على هذه القاعدة من قواعد الاجماع في مسائل الطلاق أن المجمع عليه في هذا المضمار نادر وقد ذكر ابن رشد في بداية المجتهد قاعدة اخرى من قواعد الاجماع في هذا الصدد وأشار الى خلافهم فيما سواها فجاء في الكتاب المذكور (٢/٦٠) « أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع اذا كان بنية وبلفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح ، أو بالنية من دون اللفظ ، أو باللفظ دون النية » .

فصـــل

طلاق الصبي الذي يعقل

٦٢٣٣/واختلفوا في طلاق الصبي الذي يعقل فلم يوقعه اصحابنا[1] والشافعي وعامة الفقهاء اذا اوقعه على زوجته التي زوجه الولى لانه غير مكلف ، ولقوله عليه السلام ، « كل الطـــلاق جائز الا طـــلاق المعتوه والصـــبي »[2] .

٦٢٣٤/وحكي عن ابراهيم انه يقع طلاقه وهو مذهب الحنابلة على ما سمعته في المناظرة عنهم[3] .

فصـــل

إضافة وقوع الطلاق إلى ملك

٦٢٣٥/واختلف فيمن عقد الطلاق في غير ملك واضاف وقوعه الى الملـــك[4] .

---

(١) في مختصر الطحاوى (ص ١٩١) « طلاق من لم يبلغ الحلم باطل ، وطلاق المجنون كذلك » .

(٢) جامع مسانيد الامام ٢/١٤٩ وفيه : « أبو حنيفة عن سليمان بن مهران الاعمش عن ابراهيم عن عامر بن ربيعة عن أمير المؤمنين علي بن ابي طالب (ر) قال : كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه » .

(٣) في الافصاح (٢/٣٥٣) « عن احمد روايتان أظهرهما انه يقع طلاقـــه » .

(٤) أى أن الفقهاء اختلفوا فيمن طلق أمرأة معينة أو غير معينة قبل أن يتزوجها واضاف وقوع الطلاق الى الملك أى علقه عليه . وقد اختلف الفقهاء في هذا الصدد الى ثلاث فرق ففريق اجاز ذلك مطلقا وهؤلاءهـــم الحنيفة وفريق منع ذلك مطلقا وهم الشافعية والحنابلة وفريق اجـــازه مقيدا بالتخصيص والتعيين وأقرب هذه الاقـــوال الى تحقيق المصلحـــة الاجتماعية وصيانه الروابط الزوجية من العبث رأى من منع ذلك مطلقاً ، وقد أخذ به قانون الاحوال الشخصية العراقي فنصت المادة (٣٧) منه على أن « لايقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين » .

٦٢٣٦/فقال اصحابنا يقع الطلاق اذا اوجد شرطه ، ولا فرق عندهم بين أن يعين امرأة أو قبيلة أو يطلق القول ويعم به كل النساء •

٦٢٣٧/وقال مالك أن عم لم يصح ولم يقع الطلاق ، وان خص امرأة بعينها أو قبيلة جاز ذلك ووقع الطلاق •

٦٢٣٨/وقال الشافعي[1] لا يقع الطلاق سواء عم أو خص اذا كان المحلوف على طلاقها ليست في ملكه عند العقد •

٦٢٣٩/وهذا مثل قوله كل امرأة أتزوج فهي طالق أو ان تزوجت فلانه فهي طالق •

فصـــــل

إضافة الطلاق إلى غير الملك

٦٢٤٠/واتفق الجميع على أنه لو عقد الطلاق في الملك واضافة الى غير الملك ان العقد باطل اعتبارا بما أضيف اليه دون حالة العقد •

فصـــــل

تحقق الشرط في النكاح الثاني

٦٢٤١/ولو عقد الطلاق في الملك واطلق العقد ثم ابان الزوجة ثم تزوجها ثم وجد الشرط في النكاح الثاني وقع الطلاق المعقود عليه •

تحقق شرط اليمين في تزوجها منه للمرة الثانية

٦٢٤٢/ولو طلقها ثلاثا ثم تزوجت بزوج وطلقها ثم عادت الى الاول ووجد شرط اليمين لم يقع الطلاق لان هذا نكاح غير الاول •

٦٢٤٣/وقال الشافعي في عدد الصفة قولين أحدهما يرجع سواء أكان

---

(١) في الافصاح لابن هبيرة ان هذا هو قول الشـــافعي وأحمـــد (ص ٣٤٧ منه) •

الطلاق ثلاثا أو أقل والثاني لايرجع بحال •

٦٢٤٤/وقال بعض اصحابه مثل قولنا •

فصـــــل

طلاق الساهي والناسي

٦٢٤٥/وقال أصحابنا طلاق الساهي والناسي واقع[١] •

٦٢٤٦/وقال الشافعي لايقع في أحد قوليه •

٦٢٤٧/لان عدم القصد اقل من شرط الخيار فاذا لم يمنع شـرط الخيار الوقوع فالناسي اولى •

فصـــــل

طلاق المكره

٦٢٤٨/وطلاق المكره واقع عندنا وكذلك نكاحه وعتاقه ونذره •

٦٢٤٩/وقال الشافعي باطل[٢] •

---

(١) الظاهر أن الحنيفة قاسوا طلاق الساهي والناسي على طلاق المكره فانه عندهم لازم ، وقد عالج قانون الاحوال الشخصية العراقي هذه المعضلة فنص في المادة (٣٥) منه على أن لايقع طلاق المكره والسكران ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض ، ويمكـــن القول أن طلاق الساهي والناسي من هذه القبيل بجامع عدم تحقق القصد اليـــه •

(٢) في بداية المجتهد (٦٦/٢) تفصيل ما اجمله السمناني فقد جاء فيهـــا :

« فاما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وبه قال عبدالله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلي بن أبن طالب وأبن عباس • وفرق اصحاب الشافعي بين أن ينوى الطـــلاق أو لا ينوى شيئا : فان نوى الطلاق فعنهم قولان اصحها لزومه ، وان لم ينو فقولان أصحهما ان لايلزم •

وقال أبو حنيفة واصحابه هو واقع ، وكذلك عتقـــه دون بيعه ، ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق •

٦٢٥٠/واجمع الجميع على ان سائر العقود لا يلزم مع الاكراه •

فصـــــل

لا تأثير للإكراه في الأفعال

٦٢٥١/ واجمعوا أن الاكراه لا يؤثر في الافعال وانه يجوز أن يلزم الفاعل حكمها في موضع دون موضع على اختلاف في ذلك •

الإكراه على الأحداث

٦٢٥٢/اما الاكراه على الاحداث في الطهارة فهو والطائع سـواء في البطـــــلان •

فصـــــل

الإكراه على الكلام في العقود

٦٢٥٣/وكذلك اذا أكره على الكلام في الصلاة والعقود والحدود انهـا تبطـــل •

فصـــــل

الإكراه على إبطال الصوم

٦٢٥٤/واختلف في الاكراه على ابطال الصوم فابطله أصحابنا •

٦٢٥٥/وقال الشافعي لا يبطل •

٦٢٥٦/وقالوا في القتل يقتل المكـِره والمكـَره أعني الشافعي في أحد قوليه ، وهو قول زفر •

٦٢٥٧/وابو حنيفة يقتل المكـِره ولا يقتل المكـَره •

٦٢٥٨/وابو يوسف لا يقتل واحدا منهما[1] •

فصــــل

الإكراه على الإقرار بالطلاق

٦٢٥٩/واتفق الجميع على انه لو أكره على الاقرار بالطـــلاق أن حكمـــه لا يلزمـــه •

فصــــل

إذا طلقتك فأنت طالق قبل ذلك ثلاثاً

٦٢٦٠/ومن قال لزوجته اذا طلقتك فانت طالق قبل ذلك ثلاثا ، ثم طلقها وقع الطلاق عليها أن كان ثلاثا وقع الطلاق وبطل الطلاق المعلـــق بالشرط ، وان كان أقل من ذلك وقع تمام الثلاث من المعلق بالشرط •

٦٢٦١/وقال أبن سريج لاتطلق هذه المرأة أبدا ، وجعل شـــرط الطلاق مانعا من وقوع مالم يشرطه •

---

(١) جاء في مختصر الطحاوى (ص ٤٠٩ ، ٤١٠) « من أُكره على قتل رجل بسيف ، فان أبا حنيفة (ر) كان يقول يقتل المكِره ولا يقتــل المأمور المكرَه • وقال ابو يوسف (ر) عـــلى المكرِه الامر ضـــمان ديــن المقتول لوليه في ماله ، ولا شيء على المأمور المكره » •

وقد أضاف الطحاوى الى ما ذكر رواية رأى زفر في الاكراه على القتل واخذ به ، وهو ما لم يذكره السمنانى ، فقد جاء في المختصر المذكـــور (ص ٤١٠) :

« وقال زفر (ر) يقتل المأمور المكرَه ، وقال الاكراه في هذا لايبيح المكره ان يقتل الذى اكره على قتله ، وان ما يبيحه الاكراه ما تبيحــــه الضرورة ، وهذا القول اجود من القولين الاولين ، وبه نأخذ » •

فصـــــل

أنت طالق قبل دخولك الدار

٦٢٦٢/ولو قال أنت طالق قبل دخولك الدار وقع الطلاق في الحال لانها غير داخلة في الداخلة ، وهو قبل ذلك •

فصـــــل

٦٢٦٣/قال أنت طالق ثلاثا ، في كلمة واحدة فقد فعل محرما عندنا ويقـــع الطلاق[1] •

٦٢٦٤/وقال الشافعي انما يحرم من الطلاق ما كان في الحيض أو عقيب الجماع ، والجمع ليس بحرام بل سنة •

٦٢٦٥/وقال مالك سنة الطلاق أن لايزيد على واحدة •

فصـــــل

الطلاق في حال الحيض

٦٢٦٦/ولا يبطل ذلك اذا جمع ، ومن الناس ومن قال لا يقع •

٦٢٦٧/وكذلك الطلاق في حال الحيض هو واقع •

٦٢٦٨/وقال بعضهم لا يقع •

٦٢٦٩/وقد روى في خبر أبن عمر أنه قال له النبي صلى الله عليـــه

---

(١) مثل هذا الطلاق يقع بالنظر للفقرة (٢) من المادة (٣٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي طلقة واحدة •

وسلم « مرة فليواجعها » ولو كان الطلاق لم يقع لم يكن لهذا معنى[1] .

فصـــل

قوله لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً

٦٢٧٠/ولو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا ، وقع عليها الثلاث عندنـــا .

٦٢٧١/وهو قول الشافعي وعامة الفقهاء ، وعن الحسن البصري انها تطلق واحدة[2] لان قوله أنت طالق ثلاثا يقع الطلاق بقوله ، انت طالق ويصادفها الثلاث وهى بائنة فلا يقع .

---

(١) لم يعالج قانون الاحوال الشخصية الطلاق في حال الحيض ، على أن المادة (٣٩) من هذا القانون نصت على انه « على من اراد الطلاق ان يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية بطلب ايقاعه واستحصال حكم به »الخ، وفي نظرى أن المحكمة تملك التحقق من كون الطلاق سنيا وليس بدعيا ، وان تؤجل سماع الدعوى بالطلاق اذا ذكرت الزوجة أنها حائض ، ولا تنظر فى طلب الزوج الا اذا تطهرت الزوجة من الحيض . وما نقول به يسنده أن المقصود بالطلاق ان يكون طلاقا سنيا لابدعيا وان هذا القول أدنى الى تقوية روابط الزوجية بأفساح الفرصة للزوجين في العـــودة للوفاق وكل هذا من قبيل القول باكثر الاحوال ملائمة لقانون الاحوال الشخصية (م ١منه). وقد صاغ الطحاوى في مختصره قاعدة الطـلاق السنى بقوله :

من اراد أن يطلق زوجته وهى ممن تحيض وقد دخل بها فينبغي ان يطلقها طاهرا من غير جماع (ص ١٩١ ـ ١٩٢ من مختصر الطحاوى) .

(٢) ان قول الحسن البصرى هو الذى ينطبق على ما جاء فى الفقرة (٢) من المادة (٣٦) من قانون الاحوال الشخصية من أن الطـلاق المقترن بعدد لايقع الا واحدة ، لأن هذا النص مطلق لم يفرق بين مدخول بهـــا وغير مدخول بها . ومما يؤيد قول الحسن البصري ان قوله انت طالـــق ثلاثا جملة بسيطة فصح تعليله ، أما قوله انت طالق ان دخلت الدار فجملة مركبة ، وفيها يقع تعليق على شرط فلا يصح تجزئتها ، خلافا للجملةالاولى.

والحاصل فان جميع صور الطلاق المقترن بعدد اصبحت محكومـة بحكم النص المذكور ، ويعد قضاء طلقة واحدة نظرا لصراحة النص .

٦٢٧٢/وعندنا ان الكلام اذا لم يفرع فالجملة واحدة ، الا ترى أنه لو قال أن دخلت الدار فانت طالق أو أنت طالق ان دخلت الدار فإنها لاتطلق وتقف على وجود الشرط .

فصل

٦٢٧٣/ولو قال لها انت طالق وطالق وقع عليها واحدة وبطلت الاخرى عند الجمهور من الائمة .

٦٢٧٤/وروى عن محمد بن الحسن أنها تطلق طلقتين لان المعطوف بعضه على بعض في حكم الجملة الواحدة .

فصل

٦٢٧٥/ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة طلقت واحدة[1] .

٦٢٧٦/ولو قال قبلها واحدة طلقت أثنتين[2] .

٦٢٧٧/ولو قال بعد واحدة طلقت أثنتين .

٦٢٧٨/وان قال بعدها واحدة فهي واحدة .

٦٢٧٩/ولو قال مع واحدة أو معها فهي طالقة أثنتين[3] .

---

(١) لان معى قوله « قبل واحدة » اى : قبل واحدة تكون (مختصر الطحاوى ص ١٩٨) .

(٢) لان معنى قوله « قبلها واحدة » انما هو : « قد كانت » (مختصر الطحاوى ص ١٩٨) .

(٣) لان معنى «مع» ومعها ههنا أنما هو : « مع واحدة قد كانت » (مختصر الطحاوى ص ١٩٨) .

٦٢٨٠/وقد ذكر الطحاوى في خلاف الفقهاء عن أبي يوسف في مع ومعها أنها واحدة لان المذكور أولا اذا كان الموقع اولا فهو بمعنى كان، واذا كان بمعنى يكون وقع الاول ولم يقع الثانى ، ومع تقتضي المضاف والمقارنة فيقع الجميع ٠

فصل

أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار

٦٢٨١/ولو قال لها ، انت طالق وطالق وطالق ان دخلت الدار وقف الجميع على الشرط ولم يقع منه شيء[1] ٠

٦٢٨٢/ولو قدم الشرط فقال أن دخلت الدار فانت ، طالق ، وطالق وطالق تعلقت بالشرط ووقع عليها في الحال واحدة وبطلت الاخريان عند أبي حنيفة كأنه قال عند الدخول ذلك[2] ٠

٦٢٨٣/وقال أبو يوسف ومحمد لافرق بين أن يقدم الشرط أو يؤخره في أنه يقف ذلك كله على الشرط كما لو كانت مدخولا بها٠

فصل

أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار

٦٢٨٤/ولو قال والمسئلة بحالها ، انت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت الدار ، أو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق فأن

---

(١) فان دخلت الدار فقد تحقق الشرط فكانت طالقا ثلاثا مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها (مختصر الصحاوى ، ص ١٩٧) ٠

(٢) كذا ٠ وقد وردت هذه المسئلة في مختصر الطحاوى على نحو أخر يستفاد منه ان وقوع الطلاق بالاولى منهن انما يتوقف على دخولها الدار فقد جاء فيه (ص ١٩٧) :

« ولو قال لها : ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق فدخلت الدار طلقت واحدة ، وهى الاولى منهن في قول ابى حنيفة (ر) ٠ ولم تطلق في قوله غيرها ٠

أبا حنيفة قال أن ثم لا تصل الكلام كما تصله الواو فتقع واحدة[1] اذا قدم الكلام ويبطل ما زاد عليه وان قدم الشرط تعلق بواحدة وبانت بالثانية وبطلت الثالثة[2] .

٦٢٨٥/وقال أبو يوسف ومحمد أن ثم تصل الكلام كما تصله الواو وتفيد العطف[3] .

فصل

مشيئة الله

٦٢٨٦/واتفقوا في مشيئة الله أنها تؤثر في الكلام سواء قدمها أو أخرها عندنا[4] .

---

(١) في مختصر الطحاوى (ص ١٩٧ - ١٩٨) « فتقع عليها الاولى من التطليقات الثلاث » حين قال لها ما قال وتبطل الباقيتان .

(٢) اصل هذه الجملة في مختصر الطحاوى (ص ١٩٨) «ولو قال لها أن دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق : وقعت عليها الثانية حين قال لها ما قال ، وبانت بها منه ، وبطلت الثالثة فلم تقع عليها أبداً ، وكانت الاولى معلقة عليها ، فان دخلت الدار وهى فى نكاح [ثان] قد عقد عليها ، ولم تكن دخلتها قبل ذلك طلقتها » .

(٣) في مختصر الطحاوى (ص ١٩٨) تفصيل هذه العبارة على النحو الاتي :

« وأما فى قول ابى يوسف ومحمد (ر) فان ثم تصل الكلام كما تصله الواو والفاء ، الا أن الطلاق يقع بها بعضه تاليا لبعض ، فتبين بأوله ويبطل عليها ما سواه منه .. وبه ناخذ » ع.

(٤) استخلص السمنانى قاعدة التعليق على مشيئة الله والاستثناء بمشيئة الله فذكر ان كل ذلك يؤدى الى التأثير في الكلام سواء قدم أو أخر، فلا تطلق من علق تعليقها على مشيئة الله أو أستثني منه ما لا يشاء الله ، وان هذا هو مذهب الحنيفة وذهب مالك الى عدم تأثير ذلك في الطلاق ، وقد علل الحنيفة عدم وقوع الطلاق في حالتى الاستثناء والتعليق بمشيئة الله بأن الشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل (الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى ج ١ ص ٢٥٤ ط البابى الحلبى) .

٦٢٨٧/وعند مالك لا تمنع وقوع الطلاق ولا العتق وقد مضت •

فصـــــل

طالق مع

٦٢٨٨/ولو قال لزوجته انت طالقة مع موتى أو موتك لم يقع الطلاق لان ذلك مقتضى بعد الموت لان جواب الشرط مرتب عليه •

فصـــــل

تعليق الطلاق بشرط يجوز أن يكون أو يجب أن يكون

٦٢٨٩/واذا علق الطلاق بشرط يجوز أن يكون أو يجب ان يكون فان الطلاق لايقع حتى يوجد الشرط ، فالاول كقوله أن قدم زيد والثاني اذا جاء رأس الشهر[1] •

٦٢٩٠/وقال مالك اذا علق الطلاق بأمر كائن لا محاله كرأس الشهر وقع الطلاق في الحال •

٦٢٩١/وقال أبو حنيفة اذا قال انت طالق الى شهر وقع في الحال•

٦٢٩٢/وقال أبو يوسف ومحمد يقع رأس الشهر •

---

(١) وردت هذه القاعدة في مختصر الطحاوى بصيغة اخرى فجاء فيه (ص ١٩٨ ــ ١٩٩) « من قال لامرأته انت طالق اذا كان كذا وكذا لما هو كائن لا محالة (الاضافة الى زمن مقبل) او لما قد يكون وقد لايكون (التعليق على شرط) كان ذلك كله سواء ، ولم يقع الطلاق حتى يكون ، ولم يجب في ذلك على قائله اعتزال زوجته قبل ان يكون الذى به تطلق هذا وقد نصت المادة (٣٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على ان لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط فلا يقع الطلاق المضاف الى أجل لا في الحال ولا عند حلول الاجل ، كما لايقع الطلاق المعلق على شرط لا في الحال ولا بعد تحقق الشرط •

٦٢٩٣/وقد روى عنه مثل ذلك لان الطلاق لايقبل التأجيل بعد ثبوته

فصـــــل

إضافة الطلاق إلى عضو

٦٢٩٤/واذا أضاف الطلاق الى عضو لا يعبر عن جميع الشخص في العادة كاليد والرجل ـ والاصبع لم يقع[١] .

٦٢٩٥/وان أضافة الى الرأس والفرج والوجه وما يعبر به عـــن الجملة وقع[٢] .

٦٢٩٦/وقال زفر والشافعي يقع في الجملة .

٦٢٩٧/واتفقوا أنه لو أوقع على جزء شائع أنه يقع سواء كان معلوما أو مجهولا .

٦٢٩٨/وكذلك اذا بعّض الطلاق بان يقول نصف تطليقة [أو ذكر جزءا من اجزائها سوى ذلك كانت طالقاً تطليقة كاملة][٣] .

٦٢٩٩/وقد خالف أهل الظاهر في الفصلين جميعا وقالوا لايقع

فصـــــل

إضافة الطلاق إلى نفسه

٦٣٠٠/واذا أضاف الطلاق الى نفسه فقال انا منك طالق أو طلقت نفسي منك ونوى الطلاق لم يقع عندنا .

---

(١) مختصر الطحاوى ، ص ١٩٩ .

(٢) ايضـــــا .

(٣) من مختصر الطحاوى ص ١٩٩ .

٦٣٠١/وقال الشافعي يقع[١]

٦٣٠٢/واتفق الفريقان على انه لو قال أنا منك بائن [او أنا عليك حرام] [٢] انه يقع اذا نوى •

فصل

طلاق السكران

٦٣٠٣/وطلاق السكران لازم له [٣] •

٦٣٠٤/وقال الطحاوى والكرخي وابو موسى الضرير لايقع •

٦٣٠٥/وهو أحد قولي الشافعي •

٦٣٠٦/لان خبره لايقبل في انه لم يطلق ولانه سكران •

فصل

صريح الطلاق

٦٣٠٧/وصريح الطلاق قوله ، انت طالق[٤] ، وليس الفراق والسراح من الصريح بل كناية فيه •

---

(١) انظر مناظرة ما ذهب اليه الشافعي في الهداية ١/٢٣٦ •

(٢) من الهداية ١/٢٣٦ •

(٣) نصت المادة (٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على أن طلاق السكران لايقع •

(٤) جاء في الهداية (١/ ٢٣٠) وكذا « مطلقة وطلقتك ، فهذا يقع به الطلاق الرجعي ، لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ، ولا تستعمل في غيره فكان صريحا ، وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية •

٦٣٠٨/وقال الشافعي هو صريح مثل الطلاق[١] .

فصـــل

كنايات الطلاق[٢]

٦٣٠٩/وكنايات الطلائق كلها بوائن الا أعتدى واستبرئي رحمك ، وانت واحدة .

٦٣١٠/وقال زفر الكل بوائن .

٦٣١١/وقال الشافعي الكل رجعي ، ولا تكون الكناية أكثر مـــن الصريح ، والذى يطابق لفظ البينونة .

فصـــل

اللفظ الذي لا يحتمل السبب

٦٣١٢/وكل لفظ لا يحتمل السبب من الكنايات فانه اذا قال لزوجته في حال ذكر الطلاق فانه يقع به الطلاق وان لم ينو ولا يصدق انه لم ينـو الطـــلاق .

٦٣١٣/وقال الشافعي يصدق ، ودلالة الحال لا تؤثر في ذلك ولا تقوم مقام النية عنده .

---

(١) جاء في بداية المجتهد (٢/٦٠ ـ ٦١) « وقال الشافعي الفاظ الطلاق الصريحة ثلاث ، الطلاق والفراق والســراح ، وهي المذكـورة في القرآن ، وقال بعض أهل الظاهر لايقع طلاق الا بهذه الثـلاث ... لان الشرع ورد بهذه الالفاظ .. وهي عبادة ومن شرطها اللفظ فـــوجب ان يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها » .

(٢) في بداية المجتهد (٢/٦١) ان الكناية هي اللفظ الذى يكون مجازا في دلالته .

٦٣١٤/واجمع الفريقان انها تؤثر فى اباحة الذم وهو أمر معلوم لكل عاقل •

فصل

النية في ألفاظ الكناية

٦٣١٥/وان نوى بلفظ الكناية الذي هو : بائن وحرام ، وحبلك على غاربك والحقى بأهلك وسرحتك ، وفارقتك ، وامرك بيدك وما يجرى هذا المجرى ، فان نوى الطلاق فهو طلاق ، وان نوى واحدة فواحدة بائن ، وان نوى ثلاثا فثلاث ، وان نوى أثنتين فواحدة عندنا •

٦٣١٦/وقال زفر والشافعي يكون ما نوى من الاثنين •

٦٣١٧/لان اللفظ لا يحتمل العدد •

فصل

أنت طالق مع النية[1]

٦٣١٨/قال اصحابنا ، ان قال انت طالق ونوى ثلاثا فهي واحدة •

٦٣١٩/وروى عن أبي يوسف انه يكون ثلاثا[2] •

---

(١) لا عبرة بالنية من باب أولى بالنظر لما نص عليه في الفقرة (٢) من المادة (٣٦) من قانون الاحوال الشخصية من أن الطلاق «لايقع الا واحدة» ولو أقترن بعدد لفظا أو اشارة ، فان أقترانه بالعدد اقوى من اقترانه بالنية •

(٢) يستفاد من قول السمناني أن دعوى المطلّق انصراف نيته الى العدد في الطلاق الصريح بلفظ انت طالق لا تجوز عند الحنيفة وان لابى حنيفة قولا آخر بالجواز وان هذا القول روى ايضا عن ابى يوسف وهو قول الشافعي وقد ذكر في الهداية (١/٢٣١) ان للحنيفة في هذه المسئلة قولا واحد فقط هو ان صريح الطلاق لايقع به الا واحدة وان نوى

٦٣٢٠/وحكى أنه قول أبي حنيفة الاول .

٦٣٢١/وهو قول الشافعي .

٦٣٢٢/لان اللفظ لم يصلح للعدد ، والطلاق لايقع بمجرد النية كما لايقف على شرط النية وهو مثل قائم وقاعد ونائم وحائض وطاهر وهذا كله لا يحتمل العدد ، فكذلك طالق وليس من حيث صح أن يفسر بثلاث وبواحدة وينبغي أن يصح من غير ذكر لفظ اذا نوى ، كما يصح أن يقول أنت طالق ان دخلت الدار فان ذلك يصح تعليق الطلاق به ، ولو نوى لم يصح .

فصل

الاختيار

٦٣٢٣/والخيار طلقة واحدة بائنة[1] .

٦٣٢٤/وان نوى أكثر من ذلك فليس بشيء لان الطلاق يقع به كما يقع بالفسوخ وتشبها بها .

أكثر من ذلك . وقد احتج الحنيفة لقولهم هذا ان طالق نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لأنه ضده ، وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق ، والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك اعطينه جزيلا أي عطاء جزيلا . اما الشافعية فيحتج لهم بان ذكر الطالق ذكر للطلاق كذكر العالم ذكر للعلم ، ولهذا يصح عندهم قران العدد به فيكون نصبا على التمييز . ١ هـ .

(١) يقصد بالاختيار في باب الطلاق ان يقول الزوج لزوجته اختاري وهو ينوى الطلاق أو يقول لها طلقي نفسك . والقاعدة ان لها حينئذ ان تطلق نفسها ما دامت فى مجلسها ذلك . فان قامت منه او اخذت بعمل آخر خرج الامر من يدها (الهداية ١/٢٤٣) .

٦٣٢٥/وقال الشافعي تكون كما نوى .

فصل

اختارت زوجها

٦٣٢٦/وان اختارت زوجها فليس بشيء وكذا قالت عائشة رضى الله عنها ، خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم [فاختارته] فلم يعد ذلك طلاقا[1] .

٦٣٢٧/وقال عمر بن الخطاب وعبدالله بن مسعود رضى الله عنهما ان أختارت نفسها فهي واحدة ، وهو أملك برجعتها وان أختارت زوجها فلا شيء .

٦٣٢٨/وقال علي بن أبي طالب رضى الله عنه ، ان اختارت نفسها فواحدة بائنة وان اختارت زوجها فواحدة وهو أملك برجعتها .

٦٣٢٩/وقال زيد بن ثابت ان اختارت نفسها فثلاث ، وان اختارت زوجها فلا شيء ، وقد روى عنه انه قال اذا أختارت زوجها فواحدة نملك الرجعة .

فصل

الخيار على المجلس

٦٣٣٠/والخيار عندنا علي المجلس ، فان قامت او أعرضت بطل خيارها ، وهو قول عمر وعلي وعبدالله بن مسعود والشعبي وابراهيم وسفيان الثورى .

---

(١) في جامع مسانيد الامام (١٤١/٢) « ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة (ر) قالت : خيرنا رسول الله(ص)فاخترناه، فلم يعد ذلك طلاقا » .

٦٣٣١/وقال غيرنا ، لها الخيار أبدا •

٦٣٣٢/واتفق الجميع على أنه لو اوجب له نكاحا أو بيعا كان الخيار في المجلس •

٦٣٣٣/وقال الشافعي فيما حكي عنه من الوجوه ان الخيار على الفور •

فصل

الطلاق بطريقة الكتابة

٦٣٣٤/واذا كتب بطلاق زوجته ونوى الطلاق وقع •

٦٣٣٥/وقال الشافعي لا يقع في أحد قوليه لانه ليس بكلام •

فصل

٦٣٣٦/وقال أصحابنا ، لايقع اذا لم ينو وقال في أحد قوليه انه يقع

٦٣٣٧/وليس حكم الكتابة اكبر من الكناية وذلك يفتقر الى النية •

فصل

الطلاق بمجرد النية

٦٣٣٨/ولا يقع الطلاق عندنا بمجرد النية •

٦٣٣٩/وقال مالك يقع بالنية[1] •

٦٣٤٠/وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « عفى عن

---

(١) قول السمنانى ان الطلاق يقع عند مالك بمجرد النية ليس هو القول المشهور عن مالك فقد جاء في بداية المجتهد (٦١/١) « المشهور عن مالك ان الطلاق لايقع الا باللفظ والنية » •

امتي ما حدثت به نفوسها ما لم تقل أو تفعل »[1] .

٦٣٤١/ولا خلاف ان سائر العقود والاقرارات لا تثبت بالنيـــة وحدها ، ودون معنى ينضم اليها .

فصـــــل

قوله كلي واشربي منتوياً بنية الطلاق

٦٣٤٢/وان قال لها كلي وأشربي ونوى الطلاق لم يكن طلاقا .

٦٣٤٣/وقال الشافعي يكون طلاقا .

٦٣٤٤/لان ذلك ليس من الفاظ الطلاق كما او قال الحمد لله .

فصـــــل

إن دخلت الدار فأنت طالق

٦٣٤٥/ولو قال لها ، اَن دخلت الدار فانت طالق ، مفتوحـــة ، فالطلاق واقع قبل الدخول .

٦٣٤٦/وان كانت (اِن) مكسورة لم يقع الطلاق حتى تدخل الدار.

---

(١) سبل السلام (٣/١٧٦) « عن ابى هريرة (ر) عن النبي (ص) قال : ان الله تعالى تجاوز عن امتى ما حدثت به أنفسها مالم تعمل او تكلّم. متفق عليه . ورواه ابن ماجة من حديث ابى هريرة بلفظ (عما تسوس به صدورها) بدل (ما حدثت به أنفسها » وزاد في آخره : (وما أستكرهوا عليه)قال المصنف : واظن الزيادة هذه مدرجة ، كأنها دخلت على هشـام بن عمار من حديث في حديث . والحديث دليل على أن لايقع الطلاق بحديث النفس وهو قول الجمهور . وروى عن أبن سيرين والزهري ورواية عن مالك بانه اذا طلق فى نفسه وقع الطلاق ١. هـ .

فصـــل

إن لم أدخل الدار فأنت طالق

٦٣٤٧/ولو قال ، ان لم أدخل الدار فانت طالق فان الطلاق لايقع الا في آخر جزء من اجزاء الحياة عند الاياس من ذلك .

٦٣٤٨/وكذلك (اذا) مثل (ان) عند أبي حنيفة .

٦٣٤٩/وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي هي بمنزلة (متى) فيقع الطـــلاق .

٦٣٥٠/واذا قال اذا لم اطلقك فانت طالق يقع في الحال .

٦٣٥١/وقال أبو حنيفة لا يقع الا في آخر جزء من الحياة مثـــل « ان لم اطلقــك »(١) .

فصـــل

هل تعتق بلفظ الطلاق مع النية

٦٣٥٢/ومن قال لامته (انت طالق او حرام) ونوى العتق لـــم تعتق عند اصحابنـا .

---

(١) نقل السمناني هذين البندين نقلا مقتضبا عن مختصر الطحاوى (ص ٢٠٢) وقد فرق في المختصر المذكور بين ما لم واذا لم من جهة وبـين « آن لم » من جهة اخرى . وجاء فيه :

من قال لامرأته : انت طالق ما لم اطلقك فان سكت فلم يطلقها طلقت، وان طلقها بر ولم يقع عليه من الطلاق غير ما طلقها .

وان كان قال لها : أنت طالق اذا لم اطلقك او أن لم اطلقك ، فان أبا حنيفة (ر) قال لا تطلق حتى يموت ولم يطلقها قبل ذلك ، فاذا مـــات كذلك طلقت ، يعنى في آخر جزء من اجزاء حياته .. وقال أبو يوســـف ومحمد (ر) مثل قوله فيه اذا قال ان لم أطلقك ، وخالفاه في قوله اذا لم أطلقك وجعلاه كقوله مالم اطلقك وقد آختار الطحاوى قول الصاحبين .

٦٣٥٣/وقال الشافعي تعتق •

٦٣٥٤/لان الطلاق لا يزيل الملك عن الرقبة فهو كلفظ الاجارة اذا استعمله في بيع العين •

فصـــل

قوله لزوجته أنت حرة

٦٣٥٥/واجمع الفريقان انه لو قال لزوجته أنت حرة ونوى الطلاق أنهـا تطلـق •

فصـــل

جعل الطلاق إلى زوجته أو إلى أجنبي

٦٣٥٦/واذا جعل الطلاق الى زوجته بالخيار ، والامر باليد فليس له أن يرجع في ذلك •

٦٣٥٧/وقال زفر له أن يرجع ، وهو قول الشافعي ولو فرضه الى أجنبي فله الرجوع في قول الفريقين لانه في الاول تمليك وفي الثاني وكالة•

فصـــل

مدة الخيار

٦٣٥٨/ولها الخيار ما دامت في المجلس وقد مضت •

٦٣٥٩/واذا أختارت وقع الطلاق وان لم تنو •

٦٣٦٠/وقال الشافعي يحتاج الى نية •

فصـــل

قوله أنت على حرام

٦٣٦١/واذا قال لزوجته انت على حرام زلا ينوى به الطلاق ، أو

نوى التحريم فهي يمين ، وان اقربها كفر ولا تلزمه الكفـــارة بنفس اللفظ عندنـــا •

٦٣٦٢/وقال الشافعي تلزمه الكفارة بنفس اللفظ •

فصـــــل

محرم زوجته مُوْلٍ

٦٣٦٣/وان حرم زوجته كان موليا ، وان حرم الامة او الطعـــام والشراب فهو حالف •

٦٣٦٤/وللشافعي في ذلك قولان •

فصـــــل

تعاقب جمل الشرط

٦٣٦٥/واذا قال لزوجته (ان حلفت بطلاقك فعبدى حر) ثم قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق أو اذا قدم الحاج فانت طالق فقد حلف وحنث وعتق العبـــد •

٦٣٦٦/وقال الشافعي لايعتق العبد •

فصـــــل

٦٣٦٧/واذا قال لها انت طالق واحدة في ثلاث وقع الضرب دون المضروب فيه ، وان نوى الضرب والحساب •

٦٣٦٨/وقال الشافعي يقع موجب الحساب في ذلك •

٦٣٦٩/وهو قول زفر •

فصـــــل

الطلاق في المرض

والفرار من حكم الشرع

٦٣٧٠/واذا طلق في المرض ثلاثا ثم مات ورثت منـــه مادامت في العـــدة عندنـــا •

٦٣٧١/ وقال أبن أبي ليلى ترث وان انقضت المدة مالم تتزوج •

٦٣٧٢/وقال مالك ترث وان تزوجت أزواجا لأنه فار •

٦٣٧٣/وقال الشافعي لاترث بحال[١] لانها بائنة وذكر أصحابه في المسئلة هذه الاقوال كلها •

فصـــــل

٦٣٧٤/وقال أبو حنيفة اذا ورثت اعتدت باربعة اشهر فلزمهـــا عـــدة الوفـاة •

٦٣٧٥/وقال ابو يوسف عدتها الحيض دون الشهور •

فصـــــل

عبد طلق وهو مريض ثم أعتق

٦٣٧٦/وان طلق العبد امرأته وهو مريض ثم أعتق في ذلك ثم مات فملا ميراث لها لانه لم يكن في وقت الطلاق قصد الفرار من الميراث •

---

(١) وذهب أهل الظاهر ايضا الى أن طلاق المريض كطلاق الصحيح (انظر المحلى ١٠/١٨ ٢) •

فصـــــل

تطليق الأمة أو الذمية في مرضه

٦٣٧٧/وان طلق الحر في مرضه أمرأته الامـــة أو الذمية فاعتقت الامة ، واسلمت الذمية فانها لاترث لانه لم يفر من الميراث بالطلاق[١] ، وقد ورث عثمان بن عفان رضى الله عنه تماضر أمرأة عبـد الرحمن[٢] [بن عـوف] .

٦٣٧٨/وهو قول عمر وعمر وعائشة وعامـــــة الصحابة والتابعين رضى الله عنهـــم .

٦٣٧٩/وحكى الخلاف عن أبن الزبير رض الله عنه .

---

(١) الاصل في هذه التفرقة بين طلاق الفار وغير الفار عند الحنيفة ما رواه أبـو حنيفـة في جامع مسانيـد الامام (٢ ٥٥ ـ ١٥٦) فقــــد جـــاء فيــــه :

١ ـ ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم في المريض طلق امرأته ثلاثا في مرض موته ، فان مات في مرضه ذلك قبل ان تنقضى عدتها ورثت واعتدت عدة المتوفي عنها زوجها ، فاذا انقضت عدتها قبل ان يموت لم ترثه ، ولم يكن عليها عدة . اخرجه الامام محمد بن الحسن في الآثار فرواه عن أبى حنيفة ثم قال محمد ، وبهذا كله نأخذ الا في خصلة واحـــدة ، اذا ورثت أعتدت بابعد الاجلين كما وصفت لك ، وهو قول ابى حنيفة (ر) .

٢ ـ ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال : اذا اختلعت المرأة مـــن زوجها وهو مريض فمات في مرضه فلا ميراث لها . اخرجه الامام محمـــد بن الحسن في الآثار فرواه عن ابى حنيفة ثم قال محمد ، وبه نأخذ لانهـا طلبت ذلك ، وهو قول ابى حنيفة (ر) .

(٢) جاء في المحلى لابن حزم (١٠ ٢١٨)» عن نافع مولى أبن عمر قال: ان عبدالرحمن بن عوف طلق امرأة له كلبية في مرضه الذى مات فيـــه ، فكلمه عثمان ليراجعها ، فتلكأ عليه عبدالرحمن ، فقال عثمان :

قد أعرف أنما طلقها كراهية ان ترث مـــع أم كلثوم ، وانى والله لاقسمن لها ميراثها وان كانت أم كلثوم اختى » .

فصـــــل

حلف عليها وهو صحيح

٦٣٨٠/واذا حلف عليها وهو صحيح فقـــال انت طالق ان دخلت الدار ، أو صليت ثم وجد الشرط في المرض ، فكل ما لها منه بد فأنهـــا لاترث معه عندنا وكل ما لابد لها منه كالصلاة وبر الوالدين فانها تـــرث معـــه عندنـا •

فصـــــل

٦٣٨١/ولو كان هذا معلقا على فعله ورثت سواء اكان ذلك ماله بد أو لابد منه في قولهم •

٦٣٨٢/وقال محمد بن الحسن اذا عقد اليمين وهو صحيح فانهـــا لا تـــرث •

٦٣٨٣/واجمع الجميع على انه لو حلف وهو مريض وفعلته ثم عادت الى الاول فانها ترجع على ثلاث تطليقات وقد انهدم الطلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول [ابن] عمر وان مسعود[1] •

---

(١) في جامع مسانيد الامام (١٤٦/٢) ما يستفاد منه انه قول أبن عمر وراوية سعيد بن جبير عن أبن عباس وعن ابن عمر فقد جاء فيه : أبو حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير أنه قال : كنت جالسا عند عبدالله بن عقبه اذا أتاه آت يسأله عن رجل طلق امرأته تطليقتين ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم تزوجت زوجا غيره فدخل بها ، ثم طلقها او مات عنهـــا ثم أراد الاول أن يتزوجها ، فقال لى : أسمعت فيها من ابن عمر شيئا ؟

فقلت لا ، ولكن سمعت آبن عباس (ر) يقول يهدم جماع الآخر الاثنتين والثـــلاث •

فقال : اذا لقيت ابن عمر فسله عن ذلك •

←

٦٣٨٤/وقال محمد بن الحسن والشافعي تعود على ما بقى من الطلاق الاول •

٦٣٨٥/وهو قول عمر بن الخطاب رض الله عنه وابي هريره وابي بن كعب •

فصل

طلق إحدى امرأتيه واشتبه عليه

٦٣٨٦/واذا طلق احدى امرأتيه واشتبهت عليه فالبيان اليه ، ولا يحال بينهما •

٦٣٨٧/وقال الشافعي يحال ، ولا فرق بين المعين ، وغير المعين ، من ذلك •

فصل

وطيء إحداهما وإحداهما مطلقة

٦٣٨٨/وان وطيء احداهما تعين الطلاق في الاخرى •

٦٣٨٩/وقال الشافعي لايتعين بالوطء •

فصل

٦٣٩٠/وان مات قبل البيان ورثتا ميرات امرأة يكون بينهما ولا

→

فلقيت أبن عمر فسألته فقال مثل ما قال ابن عباس ••• اخرجه الامام محمد بن الحسن في الاثار ، فرواه عن الامام ابى حنيفة ، ثم قال وبهذا كله كان يأخذ أبو حنيفة • اما قولنا فهي على ما بقى من طلاقها اذا بقى منه شيء ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب ومعاذ بن جبل وأبى بن كعب وعمران بن حصين وابى هريرة (ر) •

يوقف ذلك حتى يصطلحا •

٦٣٩١/وقال الشافعي يوقف حتى يصطلحا •

فصـــــل

٦٣٩٢/وان ماتت احدى المرأتين تعين الطلاق في الاخرى ، وليس له ان يطلق الميتة ويجعلها المطلقة •

فصـــــل

عدد الطلاق بالنساء

٦٣٩٣/وعدد الطلاق بالنساء والحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا والامة طلقتان حرا كان زوجها أو عبدا ، الطلاق ، والعدة بالنساء •

٦٣٩٤/وقال الشافعي الطلاق بالرجال الحر يطلق ثلاثا والعبد طلقتين

٦٣٩٥/وأجمع الجميع ان النكاح يعتبر بالرجال الحر له أن يتزوج باربع ، والعبد باثنتين وقد مضت في النكاح •

باب
اختلاف الزوجين في الطلاق

فصـــــل

٦٣٩٦/واذا ادعت المرأة الطلاق على زوجها فانكر ما ادعت بـــه ، ولا بينة لها ، فان القاضي يحلف الزوج ما طلقها ثلاثا في هذا النكاح الذى تدعى انك مقيم معها عليه ، وان شئت ما هي مطلقة منك ثلاثا بما ادعت•

٦٣٩٧/وقال الحسن يحلف ما هي بائن منك اليوم بما ادعت في الطلاق، وان شئت ما هى طالقة منك بما ادعت من الطلاق •

فصـــــل

اختلاف الشاهدين في عدد الطلقات

٦٣٩٨/وان اقامت بينة بأنه طلق فشهد احد الشاهدين انه طلق ثلاثا وشهد اخر انه طلق واحدة ، وهي تدعى الواحدة أو الثلاث فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة لانهما أختلفا لفظا ومعنى •

٦٣٩٩/وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي تطلق واحدة لاتفاقهمـا على ذلك ، وهذا كالالف والالفين ، وقد مضت •

فصـــــل

شهد إحداهما بطلقة بائنة والآخر برجعية

٦٤٠٠/ولو شهد أحدهما بطلقة بائنة وشهد الاخر برجعية جـازت الشهادة على الرجعي في قولهم جميعا لانهما اتفقا على اللفظة والبينونة من صفتهـا تكـــون •

٦٤٠١/ولو شهد احدهما انه قال لها ، انت حرام ، وشهد الاخر انه قال انت بائن أو حرام أو خلية فالشهادة في قولهم جميعا باطلة •

فصـــــل

جهلا المطلقة بعينها

٦٤٠٢/ولو شهد أنه طلق احدى امرأتيه بعينها ثم جهلا ، ذلك ، فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد •

٦٤٠٣/وقال زفر تجوز الشهادة ويقال له بين كما لو كانت بغير عينهـا او اقر •

فصـــــل

طلق امرأة بغير عينها

٦٤٠٤/ولو شهد أنه طلق امرأته بغير عينها وله نساء فالشهادة جائزة في الاستحسان كما لو أقر •

فصـــــل

إنكارهما شهادة الشهود بالطلاق الثلاث إلخ

٦٤٠٥/ولو شهد الشهود بالطلاق الثلاث والزوج والمرأة ينكـران فالشهادة جائزة ويفرق بينهما ، وهذا الاخلاف فيه نعلمه •

٦٤٠٦/وكذلك الشهادة بعتق الامة ، وهي والمولى ينكران لانه فرج وأمر بمعروف ونهى عن منكر •

٦٤٠٧/واختلف في العبد فقال أبو حنيفة اذا كانا ينكران ذلك فالشهادة باطلـــة •

٦٤٠٨/وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي العبد والامة سواء •

٦٤٠٩/وقد سمعت قاضي القضاة رحمه الله يحكى في العبد مـــثل قولهمـــا •

٦٤١٠/والعبد اذا ادعى العتق وانكر المولى فانه يحلف بانه ما اعتقت هذا العبـــد • وفي الامة يحلف ما اعتقتها في هذا الملك لانها يجوز أن ترتد فتسبى فيطرأ عليها رق جديد وفي الرجل بخلاف ذلك •

فصـــــل

طلق إحدى امرأتيه

٦٤١١/واذا طلق احدى امرأتيه وحضرتا أو احداهما تدعى انهـــا المطلقة فان الحاكم يعدى عليه ، ولو كانت واحدة ان تخاصمه فاذا حلف

لها تعين الطلاق في الاخرى • وان نكل عن اليمين تعين الطلاق ، لان الطلاق يقع بدله عند ابي حنيفة • وقد قال بعض الفقهاء ، لايصح الطلاق في مجهول لانها غير معروفة ، كما لا يصح النكاح والبيع •

فصـــــل

٦٤١٢/وان كان الطلاق قبل الدخول ومات ولم يبين فلها مهر ونصف لانه قد سقط بالطلاق نصف مهر واحدة وبقى النصف فوجب ان تكون لكل واحدة ثلاثة أرباع الصداق الذى تزوجها عليه لان النصف يسقط عليهـما جميعـا •

فصـــــل

٦٤١٣/والميراث بينهما بالسوية على ما مضى ، خلاف الشافعي •

فصـــــل

٦٤١٤/وعلى كل واحدة عدة كاملة اربعة اشهر وعشر لان احدهما زوجة والثانية غير زوجة والعدة يحتاط لها •

فصـــــل

٦٤١٥/ولو بين في حال الحياة فالعدة من يوم البيان في قول اصحابنا وقد اختلف ابو يوسف ومحمد فقال احدهما يقال له بين الطلاق وقال الاخر يقال له اوقع الطلاق على ايهما شئت •

وقد ذكر الكرخي رحمه الله هذه المسائل ونظائرها وأحسن فيمـا جمع وقرب في المختصر •

فصـــــل

تزوج المملوك

٦٤١٦/وليس للحر ولا للحرة أن يتزوج بمملوك يملكه أوله فيـه

شركة • وقال أهل الظاهر يجوز

فصـــــل

شراء الزوجة

٦٤١٧/ومن اشترى زوجته الامة فسد النكاح بينهما بغير طلاق ، وله أن يطأها بملك اليمين ولا عدة عليها •

فصـــــل

٦٤١٨/ولو اراد أن يزوجها غيره وجب عليها عدة الامة حيضتان ان كانت من ذوات الحيض وشهر ونصف ان كانت من ذوات الشهور •

فصـــــل

٦٤١٩/وان كان طلقها قبل الشراء طلقتين لم تحل له حتى تنكـــح زوجا غيره • وقال مالك وغيره تحل له بعد الطلاق لان هذا سبب اخر في الاباحة كما لو باع امته ثم تزوجها حلت له •

فصـــــل

اشترت زوجها

٦٤٢٠/ولو كانت الحرة هي التي اشترت زوجها فسد نكاحها وعليها عـــــدة الحرة •

فصـــــل

طلاق الأخرس

٦٤٢١/واتفق اصحابنا أن الاخرس اذا طلق وله اشارة معلومة بان طلاقه واقع وكذلك سائر العقود •

وقال بعض الفقهاء لا يصح طلاقه بالاشارة لانها ليست بكلام ، وهي

أقل من الكناية التي لا تبين ، وهو القياس عند بعض اصحابنا والنظر •

فصـــــل

متى وكلما

٦٤٢٢/ولو قال لزوجته انت طالق متى شئت فلها مشيئة واحـدة ، وان قال كلما شئت فلها ، ان تطلق واحدة بعد واحدة مادام النكاح موجودا•

فصـــــل

صور من التعليق

٦٤٢٣/ولو قال انت طالق واحد أو عشرين وهي غير مدخول بهـا وقعت عليها ثلاث وقال زفر واحدة لانها كلمة واحدة عندنا وعنده كلمتان•

فصـــــل

٦٤٢٤/ولو قال أحد عشر طلقت ثلاثا •

فصـــــل

ولو قال لزوجتيه اذا ولدتما فانتما طالقتان ، وكذلك اذا قال اذا حضتما فهو مثل ذلـــك •

فصـــــل

ولو قال أنت طالق اذا حضت فالقول قولها في ذلك ويقع الطلاق •

٦٤٢٥/ولو قال ان ولدت فانت طالق فقالت قد ولدت فمنهم من قال هو مثل الحيض ويقبل قولها ومنهم من قال لايقبل قولها بغير بينه •

فصـــــل

الطلاق الموصوف

٦٤٢٦/ولو قال انت طالق مثل عظيم الجبل فهي طالق بائنة الا ان ينوى ثلاثـا •

فصـــــل

٦٤٢٧/ولو قال ، انت طالقة كيف شئت •

قال أبو حنيفة قد وقعت واحدة ولها ان تجعل ذلك ثلاثا وبائنا •

وقال أبو يوسف لايقع شيء وهذا مثل قوله ، ان شئت او حيث شئت وهو قول الشافعي •

فصـــــل

جعل الرجعية بائنة

٦٤٢٨/وقال ابو حنيفة ، واذا طلق طلقة رجعية فله ان يجعلها بائنة، وليس له ان يجعلها ثلاثا •

وقال محمد لاتكون بائنة ولا ثلاثا •

فصـــــل

طلاق الحامل والنفساء

والحامل تطلق للسنة عند أبي حنيفة وابى يوسف في كل شهر تطليقة وقال محمد وزفر لاتطلق الحامل الا واحدة للسنة لان طهرها واحد والنفساء في سنة الطلاق كالحائض في الكراهة والوقوع لانه يمنع الصلاة كالحيض •

فصـــــل

٦٤٢٩/ولو قال الرجل لامرأته ان بشرتني بقدوم زيد فانت طالق فاخبره بذلك غيرها ثم اخبرته هي بذلك لم تطلق لان البشـارة هى اول الخبر والثاني ليس بشارة •

ولو قال ان اخبرتني بقدومه فاخبره جماعة ثم اخبرته بذلك وقع الطلاق لان الثاني خبر • وكتاب الطلاق كبير وهو وكتاب الايمان يتقاربان في الفروع والبر والحنث ، وذكر جميع ما فيه لايمكن ، وفي الذى ذكرت بعض من كل ، وسنذكر في كتاب الايمان في ذلك طرفاً اخر ان شاء الله •

ولما كان الطلاق ينقسم الى ما يوجب العدة وهو ما كان بعد الدخول ومنه ما لا يوجب عدة وهو اذا كان قبل الخلوة وجب ان تذكر احكام العدد ومواضع ثبوتها وسقوطها •

كتاب العدة

وهذا كتاب العدة (١)

٦٤٣٠ ـ اعلم أن العدة تخلف النكاح في المنع من الازواج ، والاصل في ذلك قوله تعالى :

(واحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجـوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة[٢]) .

فصـــل

أنواع العدة

والعدة على ثلاثة أضرب

٦٤٣١ ـ عدة بالحيض

والثانية بالشهور

والثالثة بوضع الحمل

٦٤٣٢ ـ فعدة الحرة بالحيض ثلاث حيض وكذلك ان وطئت بشبهة لان حكم عدتها لايختلف بالطلاق والوطء .

٦٤٣٣ ـ والعدة بالشهور على جزءين .

أحدهما أصل والثاني بدل

---

(١) العدة مأخوذة من العدد لاشتمالها على عدد من الاقراء أو الاشهر غالبا ، وهي فى الشرع أسم لمدة تتربص فيهاالمرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها ، وشرعت صيانة للانساب وتحصينا لها من الاختلاط رعاية لحق الزوجين والولد والناكح الثانى (الاقناع فى حل الفاظ أبي شجاع للشربيني ٢/١٧٢ ـ ١٧٣) .

فالاصل عدة الوفاة وهى اربعة اشهر وعشر في حق الحرة وشهران وخمسة أيام في حق الامة

وهذا قوله وقول الشافعي ومالك

فصل

٦٤٣٤ ـ ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة ولا بين من دخل بها ولم يدخل بها في ذلك لانها تجب بسبب واحد وهو الموت •

والثاني من الضربين بالشهور بدلا من الحيض ينتصف في الطلاق والوطيء بشبهة في حق الصغيرة والامة وهو في حق الحرة ثلاثة أشهر وفي الامة شهر ونصف •

٦٤٣٥ ـ وقال اصحابنا عدة الامة بالحيض حيضتان •

٦٤٣٦ ـ وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال لو أستطعت لجعلتها حيضة ونصف حيضة وقال الاصم وابن علية لا عبرة بأمة ولا حرة[1] •

٦٤٣٧ ـ والعدة بالحيض ثلاث حيض وبالشهور ثلاثة أشهر ، لان الله تعالى لم يفصل بين الحرة والامة في العدة ولا بين الحر والعبد في الطلاق فيجب أن يكون الجميع سواء •

٦٤٣٨ ـ وقد روت عائشة وابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى

---

(١) ذهب أهل الظاهر الى أن عدة الامة المتزوجة من الطلاق والوفاة كعدة الحرة سواء بسواء لعموم الآيات الواردة في هذا الموضوع (المحلى ١٠/٣٠٦) وفيه قد أختلف في هذا فروينا من طريق الحجاج ٠٠ عن عمرو أوس الثقفى ان عمر بن الخطاب قال : لو أستطعت ان اجعل عدة الامة حيضة ونصفا لفعلت ٠٠ الخ » •

الله عليه وسلم انه قـــال :

« طلاق الامة طلقتان وعدتها حيضتان[1] ذكره ابو داود ما هو مذهب جماعة من الفقهـــاء » •

فصـــــل

٦٤٣٩ ـ والعدة من يوم الطلاق والموت علمت الزوجة او لم تعلم ، ويحتسب بذلك وقد روى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه انه قـال من يوم تعلم ، لان العدة بسبب الطلاق والموت فيجب ان يعتبر السبب •

فصـــــل

٦٤٤٠ ـ وهي في حق البائن والرجعية سواء لان كل واحدة مطلقة عقيب الوطىء •

فصـــــل

٦٤٤١ ـ والرجعية لايحرم عليها الطيب والزينة ويحرم ذلك على البائن ، ولا تخرج من منزلها ولا يخرجها الزوج ليلا ولا نهارا وكذلـك المتوفي عنها زوجها ، الا انها تخرج نهارا ولا تخرج ليلا •

وقال الشافعي ، المطلقة لا تجتنب الزينة وانما ذلك في المتوفي عنهـــا زوجهـــا •

---

(١) في جامع مسانيد الامام (٢/١٣٩) :
« ابو حنيفة عن عطية العوفي عن عبدالله بن عمر (ر) قال :
قال رسول الله (ص) : طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان • اخرجه أبو محمد البخاري عن صالح بن أبي رميح عن عبدالله بن أبي بكر بن أبي خيثمة أحمد بن محمد بن زهير عن هارون بن حميد عن الفضل بن عيينه عن ابى حنيفة • (ر) • ١ هـ

فصـــل

لا حداد على صغيرة

٦٤٤٢ ـ ولا حداد على صغيرة ولا كافرة •

وقال الشافعي ، عليها ذلك[1] ، لانها غير مطلقة وذلك يمنـــع من وجوب العبادات عليها ، وانما منع الاولياء من التزويج لها عبادة في حقهم لا حقهـــا •

فصـــل

العدة بالحمل

٦٤٤٣ ـ واما العدة بالحمل فيستوى في ذلك الحرة والامـــة[2] والنفاس من الولد الاول والعدة تنقضي بالآخر عند أبي حنيفة •

٦٤٤٤ ـ وقال الشافعي النفاس والعدة من الاخر •

وقد روى عن سبيعة انها سالت ابا السنابل بن بعك عن الحامل اذا وضعت قبل أربعة أشهر وعشرا فقال لا ، حتى تمضي ، فذكرت للنبي صلى الله عليه وسلم فقال ، كذب أبو السنابل انكحي من شئت[3] •

---

(١) جاء في المحلى (١٠/٢٧٥) عدة الوفاة والاحداد فيها يلزم الصغيرة ولو في المهد وكذلك المجنونة ، وهو قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة عليها العدة ولا احداد عليها •

(٢) والقاعدة في ذلك كما صاغها ابن حزم (١٠/٢٦٣) «ان كانت المطلقة حاملا من الذى طلقها أو من زنا بها أو باكراه فعدتها وضع حملها ولو أثر طلاق زوجها لها بساعة او أقل أو أكثر » •

(٣) جاء في المحلى لابن حزم (١٠/٢٦٥) عن ابى مسلمة عبدالرحمن بن عوف قال : بعثنا كريبا ـ وهو مولى ابن عباس ـ الى أم ســـلمة أم المؤمنين فجاءنا من عندها ان سبيعه وضعت بعد وفاة زوجها بايام ، فأمرها

←

٦٤٤٥ ـ والمعتدة لايجوز لاحد ان يتزوجها ولا يصرح بخطبتها ولكن يلوح ويقول ، انك لحسنة ولي فيك رغبة لقوله تعالى : « لاجناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » الآية[١] .

فصل

بطلان نكاح المعتدة

٦٤٤٦ ـ واذا تزوجت المعتدة فالنكاح باطل ، ولا فرق بين العدة من الطلاق البائن والرجعي والوفاة والوطيء بشبهه لقوله تعالى .

(ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله)[٢] .

فصل

٦٤٤٧ ـ فان دخل الزوج بها فلها الاقل مما سمى لها ومن مهر مثلها

فصل

٦٤٤٨ ـ وقال الشافعي لها مهر مثلها بالغا ما بلغ ، لان للتسمية حكما

فان كانا يعلمان بالتحريم فانهما يعزران عندنا .

٦٤٤٩ ـ وقال بعضهم يحدان ، لان العقد شبهة في اسقاط الحد .

رسول الله (ص) ان تتزوج .

وفي جامع مسانيد الامام (٢/١٤٢) « ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان سبيعة بنت الحارث الاسلمية مات عنها زوجها فولدت لخمسة وعشرين يوما (بسبع عشرة ليلة فمر بها أبو السنابل فقال لها : تزينت وتصنعت تريدين الباءة ؟! كلا ورب الكعبة حتى يبلغ اقصي الأجلين .

فاتت رسول الله (ص) فقال : كذب أبو السنابل » .

(١) و (٢)البقرة ٢/٢٣٥ .

فصـــل

٦٤٥٠ ـ ويجوز لهما بعد العدة ان يتزوجا •

وقال مالك بن أنس لا يتزوجها ابدا عقوبة له كيف استعجل ما اخره الله كما يحرم القاتل الميراث ، وهو قول عمر بن الخطاب رض الله عنه ، لان هذا الفعل لايكون أكثر من الزنا •

فصـــل

٦٤٥١ ـ ويحتسب بما مضى من عدة الثانى بتمام عدة الاول ويتم عدة الثاني ، وتتداخل العدتان عندنا •

٦٤٥٢ ـ وقال الشافعي لكل واحدة مفردة •

٦٤٥٣ ـ واتفق الفريقان أنها لو كانت حاملا من الاول او الثانـى فوضعت أن العدتين تنقضيان ولا تستأنف عدة اخرى لان مضي الزمان في حق الجميع سواء •

فصـــل

طلاق الأمة وإعتاقها

٦٤٥٤ ـ واذا طلقت الامة وهي في العدة فاعتقت فان كان الطـلاق رجعيا انتقلت الى عدة الحرة لان الحرية حصلت وهي زوجة ، وان كان الطلاق بائنا لم تنقل[1] •

٦٤٥٥ ـ وقال الطحاوى تنقل في الوجهين[2] وهو قول الشافعي ، وان كان العتق في عدة الوفاة فانها لا تنقل لانها بائنة في الزوج وقـــد لزمتهـا عدة الامة •

---

(١) مختصر الطحاوى ، ص ٢١٨ •

(٢) ليس لهذه العبارة ذكر في مختصر الطحاوى (ص ٢١٨) •

فصـــــل

عدة أم الولد والمعتقة

٦٤٥٦ ـ والسيد اذا مات عن أم ولده او اعتقها فعدتها ثلاث حيض أن كانت من ذوات الحيض او ثلاثة اشهر أن كانت آيسه •

٦٤٥٧ ـ وقال مالك والشافعى عدتها حيضة واحدة •

٦٤٥٨ ـ وقال غيرهما ولا (؟) عدتها اربعة اشهر وعشر في الوفاة •

فصـــــل

حيض الصغيرة بعد مضي جزء من عدتها

٦٤٥٩ ـ واذا مضى من عدة الصغيرة شهران ثم حاضت أستأنفت العدة بالحيض لانها الاصل •

٦٤٦٠ ـ وقال الشافعي لا تستأنف وتعتد بما مضى بقرء واحد •

فصـــــل

معنى القرء

٦٤٦١ ـ والاقراء هي الحيض عندنا •

٦٤٦٢ ـ وقال الشافعي هي الاطهار •

فصـــــل

انقطاع الحيض من حمل

٦٤٦٣ ـ ومن انقطع حيضها من حمل يعلم انه بها فهي في العـــدة حتى يعلم انها آيسة ثم تعتد بعد ذلك بالشهور •

٦٤٦٤ ـ وقد روى عن اصحابنا في ذلك روايتان احدهما ان ذلك

مقدر بخمسين سنة وفي الاخرى بستين ثم تعتد بالشهور على الروايتين جميعا

فصـــــل

لا عدة على معتقة

٦٤٦٥ ـ ومن اعتق امته وقد كان يطأها فليس عليها ان تعتد ولهـا ان تتزوج من ساعتها [ولا عدة على الزانية] •

وقال غيرنا عليها العدة لأن العـــدة تجب لحفظ ماء الواطىء ومـاء الزاني لا حرمة له •

فصـــــل

٦٤٦٦ ـ وان كانت حاملا لم يطأها الزوج وقد مضت في النكاح •

فصـــــل

٦٤٦٧ ـ والاحداد على الامة اذا طلقت او مات عنها زوجها لانهـــا مسلمة مكلفة •

فصـــــل

٦٤٦٨ ـ ولا أحداد على أم ولد ، ولا في النكاح الفاسد لانها ليست عدة بسبب النكاح •

فصـــــل

٦٤٦٩ ـ وليس للمعتدة ان تسافر مع غير ذى رحم محرم ما دامت في العدة ، وان طلقت في الطريق رجعت الى اقرب المواضع منها ، وقـــالا ترجع الى المصر ، لانه سفر بغير حاجة •

فصـــــل

السفر بالمعتدة

٦٤٧٠ ـ وليس للزوج أن يسافر بالمعتدة الرجعية مخافة أن تنقضى العـــدة •

٦٤٧١ ـ وقال زفر له ذلك •

وهذا ينبني على ان المسافرة لا يصير بها مراجعا عندنا ، وعنده يصير مراجعـــا •

فصـــــل

المتوفي عنها زوجها

٦٤٧٢ ـ ولاسكن ولا نفقة للمتوفي عنها زوجها حاملا ، كانت أو حائلا خلاف أبن أبى ليلى ، لان المال لغيرها •

فصـــــل

المهاجرة إلينا

٦٤٧٣ ـ والمهاجرة الينا باسلام وذمة لاعدة عليها ولها ان تتزوج عند أبى حنيفة وعليها العدة عندهما •

٦٤٧٤ ـ وهو قول الشافعي ، وقد مضت في النكاح ، وان كانت حاملا ففيها روايتان احدهما ان تتزوج والثانية لا تتزوج لانها حامل بولـــد ثابت النســـب •

فصـــــل

ولادة المعتدة بعد سنتين

٦٤٧٥ ـ واذا اتت المعتدة بولد بعد سنتين لم يلحق بالزوج وترد نفقة

ستة أشهر أن كانت قبضت ذلك، وهذا بناء على أن أكثر مدة الحمل سنتان.

٦٤٧٦ ـ وقال الشافعي اربع سنين وقال غيره سبع سنين وقال اهل الظاهر تسعة أشهر ، واتفق الجميع على ان مدة الحمل ستة أشهر كوامل لقوله تعالى ، وحمله وفصاله ثلاثون شهرا[1] ثم قال وفصاله في عامين[2] .

فصـــــل

العدة في النكاح الفاسد

٦٤٧٧ ـ والعدة في النكاح الفاسد من يوم يفرق بينهما .

وقال زفـر من اخر وطأهُ لان حكم العقد قائم ما لم يقطعـــه الحاكـم ويرفعــه .

فصـــــل

موت زوجها ومولاها

٦٤٧٨ ـ وأم الولد إذا مات عنها زوجها ومولاها ولا يعلم ايهما مات أولا، فاما أن يكون بين موتهما شهران وخمسة أيام أو أقل من ذلك أو أكثر منه أو يكون بينهما وقت مجهول ، فان كان أقل من ذلك فعليها ان تعتد أربعة أشهر وعشرا من آخر موتهما ، وليس عليها الحيض ، وان كان بينهما ذلك القدر فصاعدا فعليهما اربعة أشهر وعشرا تستكمل فيها ثلاث حيض . وان كان الوقت مجهولا فالجواب في قول أبي حنيفة مع الشهور وفي قولهما تستكمل العدة أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض ، ولما كانت العدة تمنع النكاح في حال ولا تمنع في اخرى فان الذى له العدة لا يمنع نكاحهما اذا كان من وطيء بشبهه أو طلاق لم يستوف عدده ، ولما كان الطلاق الرجعى يجوز للزوج فيه المراجعة على شرط وصفات وجب ان تذكر ذلك .

---

(١) الاحقاف ٤٦/١٥ .   (٢) لقمان ٣١/١٤ .

كتاب الرجعة

وهذا كتاب الرجعة[1]

الأصل في الرجعة

٦٤٧٩ ـ والأصل في الرجعة قوله تعالى (لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا)[2] يعنى الرجعة • وقد طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة وسوده وارتجعهما ، وفيه اجماع العلماء على جواز الرجعة اذا لم يستوف عدد الطلاق ولم يكن بائنا •

فصـــل

٦٤٨٠ ـ والزوج أحق بها مالم تغتسل من حيضتها الثالثة أو يمض عليها وقت صلاة أو يتمم ، وتصلى به اذا كان حيضها اقل من عشرة فان تيممت ولم تصل فالرجعة بحالها عند أبى حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد وزفر قد أنقطعت الرجعة •

وقد روى عن أبي حنيفة في الاملاء مثل ذلك •

---

(١) الرجعة بفتح آلراء افصح من كسرها عند الجوهري ، والكسر أكثر عند الازهرى ، وهى لغة المرة من الرجوع •
وشرعا رد المرأة الى النكاح من طلاق غير بائن فى العدة على وجـــه مخصـــوص •
والاصل فيها قبل الاجماع قوله تعالى « وبعولتهن احق بردهن في ذلك» أى في العدة « ان ارادوا أصلاحا » [البقرة ٢٢٨] اى رجعة •
وقوله (ص) أتانى جبريل فقال : راجع حفصة فانها صوامة قوامة ، وانها زوجتك في الجنة » الاقناع في حل الفاظ ابى شـجاع للشـربينى ١٥٨/٢) •

(٢) الطلاق ٦٥/١ •

٦٤٨١ ـ وان كان حيضها عشرة أيام فمضت فقد انقطعت الرجعة •
وان كانت نصرانية أو يهودية انقطعت الرجعة بانقطاع الدم في التى أيامها أقل الحيض أو أكثر في قولهم جميعا •

فصــــل

وطء الرجعية

٦٤٨٢ ـ وللزوج أن يطأ الرجعية وليس بمحرمة عندنا في أحدى الروايتين ، وذكر الكرخي انها محرمة وهو قول الشافعى ، لانها زوجة ترث وتورث فلا تحرم عليه •

فصــــل

الرجعة بالقول

٦٤٨٣ ـ وتصح الرجعة بالقول ، وهو ان يقـــول ، راجعتك الى النكاح أو رددتك الى نكاحي ، وهذا لاخلاف فيه نعلمه •

فصــــل

الرجعة بغير القول

٦٤٨٤ ـ وان مسها بشهود او نظر الى فرجها بشهود فهو رجعـــه عندنا ، وقال الشافعي لاتكون الرجعة الا بالقول ، والحكم اذا تعلق بمدة كان لمن له الحق ان يبطله بقوله وفعله كمدة الخيار والوطء ادل من القـــول على الرضـا •

فصــــل

لا مهر بالرجعة

٦٤٨٥ ـ ولا يجب لها المهر اذا وطأها ، وقال الشافعي يجب في أحد القولين لانها زوجة له ولم تبن منه •

فصـــــل

تطليق الرجعية

٦٤٨٦ – ويجوز أن يطلقها بعوض وبغير عوض ويقع عليها صريـح الطلاق ، وتدخل في جملة الزوجات في اليمين اذا قال نسائى طوالق •

فصـــــل

صحة الرجعة بغير شهود

٦٤٨٧ ـ وتصح الرجعة بغير شهود

وقال الشـافعي لاتصـح الا بشـــهود في أحـد قوليه ، وقـاس ذلك على النكاح ولو كانت كالنكاح لاحتاجت الى ولي ومهر واذن من جهتها •

ولها النفقة والسكن ما دامت في العدة باختلاف من أهل العلم •

فصـــــل

نفقة العدة

٦٤٨٨ ـ ولها النفقةوالسكن ما دامتفيالعدة بلا خلاف من أهلالعلم •

فصـــــل

لمن القول في المراجعة وانقضاء العدة

٦٤٨٩ ـ ولو قال لها ، راجعتك فقالت مجيبه له ، قد انقضت عدتى فالقول قولها عند أبي حنيفة ، ولا رجعة •

٦٤٩٠ ـ وقال أبو يوسف ومحمد صحت الرجعة ، ولو كانت أمة فقال الزوج راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فهي مصدقة ، ولا رجعة ، وقالا يصدق الزوج والمولى لان قول الامة في ذلك مقبـــول دون المولى في العدة فهي والحرة سواء •

فصـــــل

أقل ما تصدق فيه المعتدة

٦٤٩١ ـ أقل ما تصدق فيه المعتدة في انقضاء العدة شهران على قول أبي حنيفة واختلف عنه في التفسير ، فقال محمد يجعلها طاهرا خمسة عشر يوما ، وحائضا خمسة أيام وطاهرا خمسة عشر يوما وحائضا خمسة أيـام وطاهرا خمسة عشر يوما وحائضا خمسة أيام يأخذ باقل الطهر وحائضـــا عشرة أيام ـ وطاهرا خمسة عشر يوما وحائضا عشرة أيام فيبدأ بالحيض ويأخذ بأكثر الحيض واقل الظهر •

٦٤٩٢ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لا تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوما ثلاث حيض وخمسة عشر طهرا وثلاث حيض وخمسة عشر طهرا ونــــلاث حيض •

٦٤٩٣ ـ وقال زفر لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر •

٦٤٩٤ ـ وقال الشافعي لاتصدق في أقل من اثنى وثلاثين يوما ولحيضتين لانه يجعل اقل الحيض يوما وليلة واقل الطهر كما ذكرنا •

فصـــــل

أقل ما تصدق فيه النفساء

٦٤٩٥ ـ وان كانت نفساء لم تصدق في رواية الحسن في أقل مـن مائة يوم ، وفي رواية محمد فى اقل من خمسة وثلاثين يوما •

٦٤٩٦ ـ وقال أبو يوسف لاتصدق في أقل من خمسة وستين يوما لانه جعلها نفساء أحد عشر يوما ، وقال محمد لا تصدق في اقل من أربعة وخمسين يوما ولحظة •

واذا قد ذكرنا حكم الرجعة وكان الرجل يجوز ان يحلف على الزوجة تارة بان لا يطأها وتارة يحلف على المعتدة وجب ان نذكر حكم اليمين على ذلك وكيفية القول فيها •

كتاب الإيلاء

وهذا كتاب الإيلاء(١)

دليل الإيلاء

٦٤٩٧ ـ اعلم أن الايلاء أمر ورد به الشرع نطق به القرآن ، قال الله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وان فاؤا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم »(٢) .

والايلاء هو الحلف في اللغة وعزيمة الطلاق عند اصحابنا هو ترك جماعها باليمين اربعة أشهر فان أنقضت قبل ان يجامع بانت .

فصـــل

الفيء(٣)

٦٤٩٨ ـ والفيء الجماع في الاربعة اشهر وقد روى ذلك عن عبدالله بن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت وعثمان بن عفان ، واحدى الروايتين عن علي بن أبي طالب رضى الله عنهم أجمعين .

---

(١) صورة الايلاء فقها ان يقول الرجل لامرأته : والله لا أقربك أو يقول : والله لا أقربك اربعة أشهر . فهو في الحالين قول . والايلاء لغة هو الحلف كما ذكر السمناني . وقد كان الايلاء طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى أنقضاء المدة (بداية المجتهد ٢/١٢) .

وقد جاء في الاقناع في حل الفاظ ابى شجاع (٢/١٦٠ ـ ١٦١) ان الايلاء شرعا حلفُ زوج يصح طلاقه على أمتناعه من وطء زوجته مطلقا أو فوق أربعة اشهر .

(٢) البقرة ٢/٢٢٦ .

(٣) ما ذكره السمناني هو المعنى الفقهى لهذا المصطلح في هـــذا الباب أما معنى الفيء لغة فهو الرجوع ومنه الآية « حتى تفيء الى أمر الله » اى ترجـــع .

فصـــــل

مدة الإيلاء

٦٤٩٩ ـ فكل يمين منعت جماع حرة أربعة أشهر فصاعدا لا يحنث يلزمه (كذا) فهو مول • وفي الامة النصف من هذه المدة فصاعدا •

واذا كان لايمنع في الحرة أربعة أشهر وفي الامة شهران لم يكن موليا

٦٥٠٠ ـ وقال الشافعي الامة والحرة في العدة سواء ، واتفق الجميع على أنهما في العدة يختلفان ، وهي مدة ثبت ابتداؤها بقول الزوج يتعقبها بينونة وفرقة •

فصـــــل

الحلف على ترك الكلام

٦٥٠١ ـ واتفق العلماء على انه لا يكون موليا بالحلف على تـــرك الكلام ولا المساكنة ولا بغير الجماع ، وان المراد بالآية الجماع في الفرج خاصة ، ولا بد من ذكر المدة وما زاد عليها ليكون ذلك ايلاء •

٦٥٠٢ ـ وقد روى عن ابراهيم النخعي انه لا يحتاج الى مدة مقدرة في الايلاء والاجماع بخلافه أو الحكم مستفاد بالنص ، وهو مقدر بمـــا ذكرنـــاه •

فصـــــل

لا إيلاء من الأجنبية

٦٥٠٣ ـ والآية تدل على انه لايكون موليا من الاجنبية لانها ليست من نسائه •

فصـــــل

معيار المولى

٦٥٠٤ ـ وتدل على أن من لايلزمه حنث ليس بمول •

فصـــــل

المدة

٦٥٠٥ ـ وتدل على ان المدة اذا كان يحل جزء منها لا تأثير لها في البينونة انه لايكون موليا •

فصـــــل

عزيمة الطلاق

٦٥٠٦ ـ وعزيمة الطلاق هو ترك جماعها في المدة ، وقال الشافعي، هو أن يطالب بالفيء او الطلاق بعد المدة •

٦٥٠٧ ـ ولا خلاف انه اذا وطيء في المدة حنث وسقوط الايلاء بعد المدة لا يثبت له هذا الحكم •

٦٥٠٨ ـ وقد تقرر في الشرع واللغة ان العزم غير المعزوم عليه ، واذا كان غيره فنحن نقول هو ترك الوطيء في المدة ، وهم يقولون هـــو المطالبة بالطلاق ، وكل منا يدعى غير الظاهر ، وما قلناه مجمع على اعتباره•

فصـــــل

الفيء بعد الأربعة أشهر

٦٥٠٩ ـ وليس الفيء بعد الاربعة اشهر فيئا لان الفقهاء اجمعوا على ان الجماع في المدة فيء ، واختلفوا فيما بعدها ، ولم تدل الآية عليه فيجب ان يكونقوله ، فان فاؤا بعد اليمين لابعد المدة •

فصـــــل

مضى مدة الإيلاء

٦٥١٠ ـ واذا مضت المدة بانت بطلقة واحدة لان المدة التى خـير

الزوج بين رفع حكمها وتبقية حكمها لا لتبين عيب بتعقبها البينونة بالعدة.

٦٥١١ ـ وهذا حال المولى وقد قال الشافعي ومالك لا يبين ويطء بالفيء أو بالطلاق .

فصـــــل

تأجيل المُولى

٦٥١٢ ـ وقد روى عن الشافعي انه قال يؤجل ثلاثة ايام كأجـــل قـــوم ثمود .

٦٥١٣ ـ وقال بعض مخالفيه ان هذا الحكم من حكم قوم ثمود ، وأستطرف هذا الاحتجاج .

٦٥١٤ ـ وقال الشافعي رجعي ولو كان رجعيا لم يقدر ان يصل الى حقها من الوطيء فصار اذا طلق المولى زوجته المولى منها طلاقا رجعيـــا أحتسبت عليه المدة كأنه لم يطلق .

٦٥١٥ ـ وقال الشافعي لا يحتسب بايام المدة لانها زوجة له لم تبن منه

فصـــــل

كيفية الفيء

٦٥١٦ ـ ولو هربت أو مرضت فانه يحتسب عليه بذلك في الحكم ، فان لم يقدر على الوصول فبلسانه عندنا ولا يلزمه حكم الطلاق .

٦٥١٧ ـ وقال المخالف ، لايكون الفيء بغير الجماع ، وهو قـــول مالك واحد قوليه .

فصـــــل

آلى من امرأتين

٦٥١٨ ـ ولو قال لامرأتين له :

والله لا اقربكما ، فهو قول منهما في الاستحسان ، وهو قول أبـي حنيفه وابى يوسف ومحمد •

٦٥١٩ ـ وقال زفر لايكون موليا وهو القياس •

٦٥٢٠ ـ وقال المخالف لانه يمكنه الوصول الى الاخرى بغير حنث يلزمه فان قرب احداهما فهو مول من الاخرى في قولهم جميعا •

فصـــل

سنة إلا يوماً

٦٥٢١ ـ ولو قال والله لاقربتك سنة الا يوما فانه لايكون موليا لان له أن يجعل ذلك اليوم أى يوم شاء في الاربعة عند علمائنا الثلاثة •

٦٥٢٢ ـ وقال زفر يكون موليا لان الاستثناء يكون من آخر السنة •

فصـــل

مضى ثمانية أشهر

٦٥٢٣ ـ وان مضى من السنة مقدار ثمانية أشهر وبقى أربعة فهو مول في قولهم جميعا •

فصـــل

آلى من واحدة بغير عينها

٦٥٢٤ ـ ولو كان له أربع نسوة فآلى من واحدة بغير عينها فهـــو مول من واحدة بغير عينها فان مضت المدة بانت واحدة بغير عينها ، وله ان يعين ذلـــك •

فصـــل

صيغة الإيلاء

٦٥٢٥ ـ ولايكون موليا الا بالحلف على الجماع في الفرج خاصة

فان حلف على غير ذلك من القرب فليس بمول كمن قال ، والله لامس جلدى جلدك أو ضاجعتك وان كان عل الموضع المكروه لايكون موليا •

فصـــــل

تزوجها بعد مضي مدة الإيلاء والعدة

٦٥٢٦ ـ واذا مضت مدة الايلاء وانقضت العدة ثم تزوجها عـادت اليمين ويقع بمضي المدة طلقة اخرى ، وكذلك اذا تزوج دفعة اخرى ، فاذا وقت الثلاث وبانت ثم تزوجها بعد زوج لم يعد حكم الآبه لان طلاق ذلك الملك قد زال •

٦٥٢٧ ـ وقال زفر يعود ما دام حكم اليمين باقيا •

فصـــــل

آلى منها ثم أبانها

٦٥٢٨ ـ واتفق اصحابنا انه لو آلى منها ثم أبانها فمضت المـــدة وهي في العدة أنه يقع عليها اخرى بالايلاء ، ولو كان الطلاق البائن ، اولا ثم آلى لم يصح الايلاء لان الاول مستحق عليه •

باب اليمين التي يكون بها الحالف مولياً

فصـــــل

حلف باسم من أسماء الله تعالى

٦٥٢٩ ـ وجملة ذلك أنه اذا حلف باسم من اسمائه كقوله والله والرحمن والرحيم والجليل والكبير والقادر واللطيف والخبير وســـائر أسمائه في ذلك سواء •

وكذلك لو قال وعزة الله وعظمة الله وجلال الله وكبريائه •

وكذلك قوله بالله وتالله وايم الله •

وأقسم أو اقسم بالله أو احلف او احلف بالله أو اشهد أو أشهد بالله فهذا كله ايمان وعليه الكفارة اذا اوطأ •

وكذلك عهد الله او ميثاقه أو ذمته وهو بريء من الاسلام أو يهودي أو نصراني أو مجوسي •

٦٥٣٠ ـ وقد خالف الشافعي فيما عدا اسم الله وصفاته •

وقال لا يكون حالفا وسنذكر ذلك في كتاب الايمان ان شاء الله •

فصل

حلف بحجة أو عمرة إلخ

٦٥٣١ ـ وان حلف بحجة او عمرة أو صدقة أو قال على كفارة يمين أو على صيام أو اعتكاف أو فعبدي فلان حر أو زوجتي فلانة طالق أو هي على كظهر أمي او انت طالق او أنت على كظهر امى فهو مول [1]•

فصل

صيغ لا إيلاء فيها

٦٥٣٢ ـ ولو قال ، فلله على ان أصلى ركعتين او اربعا لم يكن موليا

---

(١) الهداية ٢/١٣ وقد علل الحلف بهذه الاشياء بتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة. ١ هـ وفي الهداية ايضا أن صورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده ، وفيه خلاف أبي يوسف (ر) فانه يقول :
يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء ، وهما يقولان :
البيع موهوم فلا يمنع المانعيه فيه • ١ هـ

عند أبى حنيفة وابى يوسف ، وكان موليا عند زفر ومحمد والحسن بن زياد .

فصل

تكرار الإيلاء

٦٥٣٣ وان آلى في مجلس واحد ثلاث مرات فان اراد التكرار فهو أيلاء واحد وان اراد التغليظ في اليمين ثم قربها فعليه ثلاث كفارات عند اصحابنا جميعا .

واذا مضت المدة وقع عليها ثلاث تطليقات في القياس ، وهو قول زفر ومحمد .

٦٥٣٤ ـ وقال أبو حنيفة وابو يوسف يقع عليها طلقة واحدة أستحسانا .

فصل

إن قربتك فأنت حرام

٦٥٣٥ ـ ولو قال لها :

ان قربتك فانت على حرام ولا ينوى الطلاق فهو مول في الحال عند أبي حنيفة ، وقالا لايكون موليا اذا قربها ، وان اراد بالحرام الطلاق فهو مول في قولهم جميعا .

فصل

آلى من أربع نسوة

٦٥٣٦ ـ ولو الى من اربع نسوة فقال :

والله لاأقربكن ، يكون موليا منهن .

٦٥٣٧ ـ وقال زفر لايكون موليا ما لم يقرب الثلاث فاذا قـــرب الثلاث صار موليا من الرابعة •

فصـــــل

إيلاء أهل الذمة

٦٥٣٨ ـ واذا آلى الذمي ، فان حلف بالطلاق والعتاق فهو مول في قولهم جميعا وان حلف بالصيام أو الحج والعمرة لايكون موليا بائنا وان آلى باسم الله أو صفة له تعالى فهو مول عند ابى حنيفة لقوله تعالى (يولون من نسائهم) وهو عام •

٦٥٣٩ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لايكون موليا •

٦٥٤٠ ـ وقد ذكر الكرخي في المختصر ان الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة التسوية بين المسلم والذمي في الايلاء •

قال وأجمع الرواة على خلافه •

فصـــــل

طالق قبل أن أتزوجك

٦٥٤١ ـ واتفق اصحابنا انه لو قال لاجنبيه

أنت طالق قبل أن أتزوجك ثم تزوج انها لاتطلق لانه موقع الطلاق في الحـــال •

فصـــــل

إذا تزوجت بك

٦٥٤٢ ـ ولو قال ، اذا تزوجت بك فانت طالق قبل ذلك •
قال أبو حنيفة ومحمد هو مثل الاول •

٦٥٤٣ ـ وقال ابو يوسف يقع الطلاق اذا تزوج •

ومسائل الايلاء كثيرة وفروعه عسيرة وفي الذى ذكرت اصوله وبعض فروعه ، ولما كان موجب الايلاء الكفارة ، وكان الظهار في معنى الايلاء في باب الكفارة ، وهو مستفاد بالنكاح ولا يصـــح حكمه الا فيه ، وجب ان نذكـــره •

كتاب الظهار

وهذا كتاب الظهار[1]

الآثار المروية في الظهار

٦٥٤٤ ـ قال أصحابنا الظهار كان طلاقا في الجاهلية ثم نقله الشرع الى الكفارة اذا عاد[2] ، وقد روى في سبب ذلك ان اويس من الصامت كان يكثر ذلك مع امرأته خولة[3] حتى نزلت اية المجادلة قال تعالى .

---

(١) الظهار في الفقه أن يقول الرجل لامرأته : أنت على كظهر أمي ، وحكمه أن تحرم عليه فلا يحل له وطؤها ولامسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره (الهداية ١٧/٢) .

(٢) كذا ايضا في الهداية (١٧/٢) ومنها ان الشرع قرر اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح ، وهذا لانه جناية ، لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة . ا هـ .

فالجزاء ههنا يقوم على أسس خلقية هي تهذيب العابثين باحكام الشرع وفي الاقناع في حل الفاظ ابى شجاع للشربينى (١٦٤/٢) :

الظهار لغة مأخوذ من الظهر ، لان صورته الاصلية أن يقول الرجل لزوجته أنت على كظهر امي ، وخصوا الظهر دون غيره لانه موضع الركوب والمرأة مركوب الزوج ، وكان طلاقا في الجاهلية كالايلاء فغيّر الشرع حكمه الى تحريمها بعد العود ولزوم الكفارة » .

(٣) جاء في بداية المجتهد (٨٥/٢) ان السنة الواردة في الظهـــار «حديث خولة بنت مالك بن ثعلبة » ، قالت :

ظاهر منى زوجى اويس بن الصامت ، فجئت رسول الله (ص) اشكو اليه ، ورسول الله يجادلنى ويقول اتقى الله فانه ابن عمك ، فما خرجت حتى أنزل الله « قد سمع الله قول التى تجادلك في زوجها وتشتكى الى الله، والله يسمع تحاوركما » الايات ، فقال ليعتق رقبة ، قالت : لايجد قـــال فيصوم شهرين متتابعين ، قالت يا رسول الله انه شيخ كبير مابه مـــن صيام ، قال فليطعم ستين مسكينا ، قالت ما عنده من شيىء يتصدق به ، قال : فانى ساعينه بعرق من تمر ، قالت وانا اعينه بعرق آخر ، قال : لقد أحسنت ، اذهبى فاطعمى عنه ستين مسكينا ، خرجه ابو داود . وحديث مسلمه بن صخر البياضى عن النبى (ص) . ا هـ

« قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله ، والله يسمع تحاوركما » الى قوله « والذين يظاهرون من نسائهم ، ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبه من قبل ان يتماسا ذلك توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا »[1] .

فصـــــل

دلالة آية الظهار

٦٥٤٥ ـ وقد دلت الاية على وجوه من الفقة كثيرة منها .

انها خطاب للمسلمين لانها بكاف المواجهة وهي واردة على سبب في المســـلمين .

٦٥٤٦ ـ وقال الشافعي يدخل في ذلك الذمي والمسلم جميعا ، وعندنا لا يدخل في الخطاب ولا يصح ظهاره لانه لايصح منه التكفير بالصوم فهو كالصبي والمجنون ، ويكفى ان لايرد دليل بصحة الظهار منه في نفي وجوبه

فصـــــل

لا يقربها حتى يكفر

٦٥٤٧ ـ ودلت الاية على انه لايجوز أن يقربها حتى يكفر لانه قال من قبل أن يتماسا .

٦٥٤٨ ـ وقال الثورى يجوز .

فصـــــل

الصوم بدل من العتق

٦٥٤٩ ـ ودلت على أن الصوم بدل من العتق لانه لايجوز مع القدرة على العتـــق .

---

(١) المجادلة ٥٨ .

فصـــــل

عدم القدرة

٦٥٥٠ ـ ولا فرق بين من لم يقدر على ذلك لاجل العدم المشاهد أو من طريق الحكم كالعبد والمكاتب فانه لايقدر على ذلك لانه لايملك المال ويجزيــه الصيــام •

فصـــــل

صيام شهرين

٦٥٥١ ـ ودلت الآية على انه لا يطأ الا بعد صيام شهرين لامسيس فيهما ولا قبلهما فاذا وجد المسيس قبلهما أمكن أن يفعل الصوم عـــلى الوجه الآخر •

وهذا قول ابي حنيفة ومحمد :

٦٥٥٢ ـ وقال أبو يوسف والشافعي لو وطأ المظاهر منها ليلا عامدا أو نهـاراً ساهيا فانه يبنى ولا يستأنف ، والآية حجة عليهما من الوجـــه الذى ذكرناه •

فصـــــل

متى يقرب

٦٥٥٣ ـ ودلت الاية على انه اذا لم يقدر على العتق ولم يســتطع الصيام أنه يجوز له المسيس قبل الاطعام لان الله تعالى لم يشرط عــدم المسيس في الاطعام •

٦٥٥٤ ـ وقال الشافعي الجميع سواء ولا يقرب حتى يكفر بالجميع •

فصـــــل

التوبة والاستغفار

٦٥٥٥ ـ ودلت الاية على انه اذا قربها قبل المسيس انه لاشيء عليه اخر من كفارة ولا غيرها وانما عليه التوبة والاستغفار •

فصـــــل

المسيس

٦٥٥٦ ـ ودلت الاية على انه لايمسس لشهوة كما لايطأ لان ذلــك عام في كل مسيس •

فصـــــل

ما يدخل في الرقبة

٦٥٥٧ ـ ودلت الآية على جواز عتق ما يسمى رقبة فيدخل في ذلك المقطوع اليد والخصى عندنا •

٦٥٥٨ ـ وقال الشافعي لا يجزيه ، وهو قول زفر •

٦٥٥٩ ـ لان منفعة الجنس باقية •

فصـــــل

عتق الكافر

٦٥٦٠ ـ ودلت على جواز عتق الكافر لان الآية مطلقة لم يشترط فيهـــا ايمـــان •

٦٥٦١ ـ وقال الشافعى لا يجزيه عتق الكافر •

فصـــل

عتق الفاسق والصغير

٦٥٦٢ ـ واجمع الفريقان أن الفاسق يجزى في ذلك ، وكذلـــك الصغير من العبيد •

٦٥٦٣ ـ وقد حكى أبو الحسن على بن موسى القمى في احكام القرآن له ان من النال من قال :

لا يجزى الفاسق ولا الصغير في القتل ولا في الكفارة •

فصـــل

الظهار من الذمية

٦٥٦٤ ـ واجمعوا ان الظهار من المرأة الذمية كالظهار من المسلمة لانها من نسائنا فدخلت تحت الاية •

فصـــل

عتق المكاتب

٦٥٦٥ ـ ودلت الاية على جواز عتق المكاتب لانه حرر رقبة •

٦٥٦٦ ـ وقال الشافعي لا يجزى •

فصـــل

مكاتب أدّى بعض نجوم الكتابة

٦٥٦٧ ـ ولو كان قد ادى بعض نجوم الكتابة لم يجزه •

٦٥٦٨ ـ وسمعت قاضي القضاة[1] رحمه الله يحكى في ذلك رواية اخرى أنه يجزى •

(١) يشير الى شيخه الدامغانى

فصــــل

عتق عبد اشتراه على الكفارة

٦٥٦٩ ـ ودلت الاية على جواز عتق العبد الذى أشتراه على أن يعتقه عـــلى الكفـــارة •

٦٥٧٠ ـ وقال الشافعي لا يجزيه •

فصــــل

عتق ذي الرحم

٦٥٧١ ـ ودلت على جواز عتق ذى الرحم اذا أشتراه ينوى به الكفارة لانه حرر رقبة في الكفارة يعنى قارن العتق •

٦٥٧٢ ـ وقال زفر والشافعي لا يجزيه[١] من الكفارة (لانه)[٢] يعتـق بالنسب •

فصــــل

عتق نصيب

٦٥٧٣ ـ ودلت الاية على أن احد الشريكين اذا اعتق نصيبه عـــن الكفارة ثم ضمن النصفأنه لايجزيه لانه لم يحرر رقة وانما حرر بعضها•

٦٥٧٤ ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي أن كان موسرا اجزاه بناء على اصلهما أن العتق يسرى في الكل •

٦٥٧٥ ـ وابو حنيفة عنده ان من اعتق النصف لايعتق الكل لــو

---

(١) وقد جاء في بداية المجتهد ٢/٩٢ « اختلف مالك والشافعي مع ابى حنيفة في اجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب ، فقال مالك والشافعى لايجرى عنه ، وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهار اجزاه » •

(٢) في النسخ المختلفة : الا ، والسياق يقتضى ما اثبتناه •

انفـــرد في ملكـــــه •

فصـــــل

عتق نصف رقبتين

٦٥٧٦ ـ ودلت الاية على انه لو أعتق نصف رقبتين لا يجزيه لانـــه لم يحرر رقبة ، وذلك عبارة عن شخص واحد من طريق المشاهدة •

٦٥٧٧ ـ وقال الشافعي يجزيه •

فصـــــل

قوله أعتق عبدك

٦٥٧٨ ـ ودلت الاية على ان من قال لغيره ، اعتق عبدك عن كفارتى فاعتقه أنه لا يجزيه لانه لم يحرر رقبة وانما حررها غيره •

٦٥٧٩ ـ وقال أبو يوسف يقع عن الامر بالقيمة •

٦٥٨٠ ـ وقال الشافعي عن الامر بغير عوض •

فصـــــل

صرف أعتاق من عليه عدة كفارات

٦٥٨١ ـ ودلت الاية على ان من عليه كفارات من أجناس فاعتق ينوى واحدة منها جاز لانه حرر رقبه •

وقال الشافعي لايجزيه حتى يعين باللفظ •

فصـــــل

٦٥٨٢ ـ ودلت الاية على انه [ان] أعتق لم ينو واحدة بعينها انـــــه لا يجزيه ذلك عن الكفارة •

٦٥٨٣ ـ وقال غيرنا يجزيه ان يصرف ذلك الى ما شاء مما عليه كمن عليه ديون بأسباب مختلفة فدفع قدر بعضها[١] •

فصـــــل

ودلت الاية على أن الكفارات اذا كانت من جنس واحد يجزيه لانه قد حرر رقبة مما عليه من الرقاب •

فصـــــل

المعتبر في الكفارة

٦٥٨٤ ـ وذلت الاية ان المعتبر في الكفارة بحالة الاداء لاحالـــة الحلف ولا حالة الحنث خلاف من يعتبر حالة الحنث ، وهو الشافعي •

فصـــــل

توقيت الظهار وإطلاقه

٦٥٨٥ ـ ودلت الآية على صحة الظهار موقتا ومطلقا لانها عامة •

٦٥٨٦ ـ وقال الشافعي لايصح الظهار موقتا ، وقد اجمعوا عـــلى صحة اليمين مطلقة وموقتة ، والظهار يمين يجب بها كفارة •

فصـــــل

ظاهر من نسائه بكلمة واحدة

٦٥٨٧ ـ ودلت الاية على أنه اذا ظاهر من نسائه بكلمة واحدة انه يكون من الجميع مظاهرا ويلزمه لكل واحدة كفارة لان الاية دلت على من ظاهر أمرأته من جملة النساء •

---

(١) هذه القاعدة عامة فى أن صرّف المدفوع الى أحد الديون هـو حق من حقوق المدين بعدة ديون اذا اوفى جزءا مما عليه •

٦٥٨٨ ـ وقال الشافعي يلزمه كفارة واحدة في احد قوليه •

فصـــــل

ظهار السكران

٦٥٨٩ ـ ودلت الاية على صحة ظهار السكران لوجود لفـــظ الظهار منـــــه •

٦٥٩٠ ـ وقال الشافعي لايصح ظهاره في احد قوليه ، كما قال في طلاقـــه •

فصـــــل

إضافة الظهار إلى عضو

٦٥٩١ ـ ودلت الاية على أنه اذا أضـــاف الظهار الى عضو لايعبر به عن جميع البدن انه لايصح لانه لم يظاهر من النساء من اتربة (كذا) وأنه يظاهر بشعرها •

فصـــــل

إضافة الظهار إلى الملك

٦٥٩٢ ـ ودلت الاية على صحة اضافة الظهار الى الملك لانه ظاهـر بعـــد التزويج •

٦٥٩٣ ـ وقال الشافعي لايصح كما قال زفر في الطلاق •

فصـــــل

إضافة الظهار إلى وجه أمه

٦٥٩٤ ـ ودلت الاية على انه ، اذا [اضاف الظهار الى] وجه أمه أو رجلها أو عضو يجوز له النظر اليه أنه لايكون مظاهرا ، خلافه يكون مظـــاهـرا •

فصـــل

الظهار بمن لا يحل له وطؤها

٦٥٩٥ ـ ودلت الاية على انه اذا ظاهر بمن لايحل له وطؤها على التأييد بسبب أو نسب أنه ظهار كما يكون بالام والجدة لانه قال يظاهرون من نسائهم وعم ولم يخص في هذه الاية بالظهار •

٦٥٩٦ ـ وقال الشافعي يختص بالام والجدة وفيمن سوى ذلك قولان

فصـــل

مظاهر ينوى الطلاق

٦٥٩٧ ـ ودلت الاية على انه اذا قال ، انت على حرام كظهر أمي ينوى الطلاق أنه لايكون طلاقا لان هذا حقيقة في الظهار فلا يقع به الطلاق وقال محمد والشافعي يكون طلاقا •

فصـــل

الطلاق ليس بظهار

٦٥٩٨ ـ واتفق الجميع انه لو قال أنت طالق ونوى به الظهار لا يكون ظهارا •

ودلت الاية على أبطال قول أبي يوسف انه يكون طلاقا وظهارا لان الله تعالى جعل ذلك ظهارا فحسب •

فصـــل

تكرير لفظ الظهار

٦٥٩٩ ـ ودلت الاية على أنه اذا كرر لفظ الظهار ولم يكن له نية أو نوى الاول انه يكون ظهارا واحدا لانه لم يفصل بين ان يكرر القول أو يقوله مرة واحدة •

٦٦٠٠ ـ وقال الشافعي في أحد قوليه يتكرر كما لو نوى التكرار •

فصـــــل

متى تجب كفارة الظهار

٦٦٠١ ـ ودلت الاية على ان الكفارة لاتجب بنفس الظهار لانـــه شرط العـــــود[1] •

فصـــــل

العود في الظهار

٦٦٠٢ ـ ودلت على ان العود ليس هو أمساكها زمانا يمكنه الطلاق لانه قال ثم يعودون لما قالوا ، والامساك ليس بعود لما قالوا •

٦٦٠٣ ـ خلاف الشافعي[2] •

---

(١) جاء في بداية المجتهد (٨٦/٢) ان الجمهور على أن الكفارة لاتجب في الظهار دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود ، ودليل الجمهور قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالـــوا فتحرير رقبه) • وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود • ١ هـ

(٢) اكتفى السمناني ههنا بالرد على ما ذهب اليه الشافعي من أن العود هو الامساك نفسه ولم يشر الى سائر معاني العود في آية الظهـــار ، فالى جانب المعنى المذكور ذهب فريق من الفقهاء الى ان العود هو أن يعزم على أمساكها والوطء معا (رواية عن مالك) وفريق آخر الى أن العود هو أن يعزم على وطئها فقط (الرواية الصحيحة المشهورة عن مالك عند أصحابه وقول أبى حنيفة واحمد) كما ذهب آخرون الى أن العود هو نفس الوطء (اضعف الروايات عن مالك) وذهب داود وأهل الظاهر الى أن العود هو أن يكرر لفظ الظهار ثانية ، ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد (بداية المجتهد ٨٦/٢ ـ ٨٧) •

فصـــل

الظهار من الأمة

٦٦٠٤ ـ ودلت الاية على ان الظهار من الامة لا يصح لانها ليست من نسائنا وهو قول الشافعي •

٦٦٠٥ ـ وقال مالك يصح لانه يقال نساء فلان وان كن اماء •

فصـــل

مثل أمي

٦٦٠٦ ـ وقال أبو حنيفة لو قال لامرأته أنت على مثل أمي ولا نيـة له أنه ليس بشيء وان نوى الطلاق فهو طلاق وان نوى الظهار فهو ظهار وان نوى اليمين فهو ايلاء •

٦٦٠٧ ـ وقال أبو يوسف اذا لم يكن له نية فهو ايلاء ويمين ، وقال محمد بن الحسن هو ظهار •

فصـــل

ظاهر ثم ارتد ثم عاد

٦٦٠٨ ـ ودلت الاية على أن المسلم اذا ظاهر ثم أرتد عن الاسلام ثم عاد اليه ان الظهار باق •

٦٦٠٩ ـ وقال أبو يوسف ومحمد قد بطل الظهار ، وكذلك الخلاف فيه اذا أرتد الزوج وحده ، ثم عاد وتزوجها وهذا من اعجاز القرآن ان تدل آية واحدة على هذه الجملة المتقدمة •

واذا قد ذكرنا الظهار وشبهه بالايلاء ، وكان اللعان يثبت بين الزوجين عند التخاصم والقذف ، وله حكم يتعلق بهما في الحال والثاني ، وبغيرهما هو الولد وجب أن نذكر ذلك ونبين حكمه وما قيل فيه •

كتاب اللعان[1]

دليل اللعان

٦٦١٠ ـ اعلم أن اللعان أمر ورد به القرآن وبلى به الصحابة وفعله النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو بدل من الحد في الأجنبيات لان قـذف الاجنبية يجب به الحد ويسقط باقامة البينة بما قال القاذف لانه معطوف على قذف الاجنبيات ، وسنبين ذلك في كتاب الحدود ان شاء الله • قال الله تعالى

« والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشـهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين •

ويدارأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين » •

ثم بين تعالى أن ذلك من فضله علينا ولا خلاف أنه يحتاج ان يقول أشهد بالله انى من الصادقين فيما رميتها به من الزنا على ما في تفسير الاية •

واختلف هل يقول ذلك بلفظ الكناية أو لفظ المواجهة على روايتين•

٦٦١١ ـ والاصل في هذا الباب ما روى عن سهل بن سعد الساعدى

---

(١) اللعان مأخوذ من اللعن لانه يقول الزوج فى الخامسة : لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين • ويقال فيه اللعان والالتعـان والملاعنة (سبل السلام ٣/١٩٠) وفي الاقناع في حل الفاظ أبى شـجاع (٢/١٦٨) اللعان لغة المباعدة ، ومنه لعنه الله اي أبعده وطرده ، وسمى بذلك لبعد الزوجين عن الرحمة او لبعد كل منهما عن الآخر فلا يجتمعان أبدا • وشرعا كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر الى قذف من لطخ فراشه والحق العار به • وسميت هذه الكلمات لعانا بقول الرجل عليه لعنة الله ان كان من الكاذبين •

أن عويمر بن شقرا العجلاني جاء الى عاصم بن عدى الانصارى فقال له :

يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع أمرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أو كيف يفعل ؟ سل لى يا عاصم [عن ذلك] رسول الله صلى الله وسلم ، فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره رسول الله صلى الله عليه ونهـا [عن] المسائل وعابها فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال عاصم ، لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألته عنها فقال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها ، فاقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو وسط الناس فقال ، يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا ايقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها •

قال سهل ، فلا عنها بحضره النبي عليه السلام وانا أسمع ، فلما فرغا من اللعان قال [عويمر] كذبت عليها ان أمسكتها هي طالق ثلاثا [فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله (ص) • قال مالك] •

قال أبن شهاب فصارت تلك سنة المتلاعنين[١] •

٦٦١٢ ـ وروى أبن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين •

٦٦١٣ ـ وكذلك روى ابن عباس وأبن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين هلال بن أمية وبين امرأته وقد اختلف في حديث هلال بن أمية فرواه أبن مسعود أنه قال للنبى صلى الله عليه وسلم •

---

(١) انظر باب اللعان في الالمام باحاديث آلاحكام للقشيري المعروف بابن دقيق العيد مراجعة محمد سعيد المولوى (ص ٤٢٨ ـ ٤٣٠) •

أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا ايقتله فتقتلونه أم يتكلم فتجلدونه ؟ وذكر في الخبر أن لما فرق بينهما قال عليه السلام •

ان جاءت به أكحل العينين سابغ الاليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء • وان كان كذا فهو لهلال ، فجاءت به على الصفة المكروهة (كذا في النسختين)[1] •

فقال عليه السلام ،، لولا ما مضى في كتاب الله لكان لى ولها شأن •

فصـــل

تكييف اللعان

٦٦١٤ ـ واللعان شهادة عند أبي حنيفة[2] وقال أبو يوسف هو يمين فيه معنى الشهادة •

٦٦١٥ ـ وقال محمد هو حد فيه معنى اليمين •

٦٦١٦ ـ وقال الشافعي هو يمين •

فصـــل

٦٦١٧ ـ واذا كان شهادة لم تصح عندنا الا من حرين مسلمين بالغين

٦٦١٨ ـ وقال الشافعي يصح ممن يصح منه اليمين والطلاق •

---

(١) وفي رواية اخرى : فقال رسول الله (ص) : « ابصروها فان جاءت به أبيض سبطا قضىء العينين فهو لهلال بن أمية ، وان جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء » (الالمام لابن دقيق العيد ، ص ٤٣٣) •

(٢) جاء في الهداية (٢/٢٣) « الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان ، مقرونة باللعن ، قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى : ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم • والاستثناء أنما يكون من الجنس • ا هـ

٦٦١٩ ـ وقد روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، لالعان بين الحر والعبد والمسلم والذمي[1] •

فصـــل

ولا يصح بين حرة وعبد

٦٦٢٠ ـ وقال الشافعي يصح ويجب على الزوج الحد ، لان الامتناع جاء من قبلـه •

فصـــل

٦٦٢١ ولا يثبت بين صغيرين ولا صغير وكبير •

فصـــل

متى تقع الفرقة

٦٦٢٢ ـ ولا تقع الفرقة بلعان الزوج وحده عندنا •

٦٦٢٣ ـ وقال الشافعي تقع بلعان الزوج وحده •

٦٦٢٤ ـ وقد طلق عويمر بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثا بعد اللعان ولم ينكره النبى عليه •

فصـــل

٦٦٢٥ ـ ولا تقع الفرقة بلعانهما مالم يفرق الحاكم بينهما •

٦٦٢٦ ـ وقال زفر تقع الفرقة بفراغ المرأة من اللعان •

فصـــل

أكثر اللعان

٦٦٢٧ ـ واذا التعنا أكثر اللعان ثم فرق الحاكم وقعت الفرقة عندنا •

٦٦٢٨ ـ وقال الشافعي لابد من استيفاء عدد اللعان في حق الزوج لانه بمثابة الطلاق •

فصــــل

الملاعنة بالحمل

٦٦٢٩ ـ ولا يلاعن بالحمل عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف يلاعن، وهو قول الشافعي ، لانه لايدرى هل هناك ولد أم لا ؟

فصــــل

لا لعان بعد الإبانة

٦٦٣٠ ـ واذا ابان زوجته فلا لعان وعليه الحد ان قذفها بعد ذلك، خلاف الشافعي يلاعن في نفي النسب ، وكذلك النكاح الفاسد والـوطىء بشبهة •

لان شرط اللعان أن يرمي الزوجة ، فمن ليست بزوجة فهي باقيـة مع الاجنبيات في وجوب الحد •

فصــــل

لا لعان بين المولى وأمته

٦٦٣١ ـ ولا يثبت بين المولى وامته لانها ليست بزوجة •

٦٦٣٢ ـ وقال الشافعي في احد قوليه يثبت •

فصــــل

نوع فرقة اللعان

٦٦٣٣ ـ وفرقة اللعان طلاق وهي واحدة بائنة وليس بفسخ •

٦٦٣٤ ـ وقال أبو يوسف هي فسخ

وبه قال الشافعي ، لانه استفاده الزوج بالنكاح فهو كالطلاق •

فصـــــل

لا حرمة مؤبدة باللعان

٦٦٣٥ ـ ولا يوجب حرمة[1] مؤبدة ، واذا أكذب نفسه ضرب الحد وحلت له بالنكاح ، وهو قول سعيد بن المسيب وابي حنيفة ومحمد •

٦٦٣٦ ـ وقال ابو يوسف لا يجتمعان ابدا[2] •

وهو قول الشافعي •

فصـــــل

٦٦٣٧ ـ ولا يصح لعان الاخرس بالاشارة ، وقال الشافعي يصح •

لان العبرة بلفظ الشهادة وذلك لايمكن تعيين اللفظ به •

فصـــــل

الإقرار بالولد ونفيه

٦٦٣٨ ـ واذا أقر بولده ثم نفاه لزمه وضرب الحد ، واذا لم يقر به فله أن ينفيه بحضرة الولادة ، وروى عن أبي حنيفة ان له نفيه الى سبعة أيام ، وقال أبو يوسف ومحمد له أن ينفيه الى أربعين يوما •

---

(١) في نسخة (ق) : فرقة والصواب ما أثبتناه •

(٢) وسندهفي ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «المتلاعنان لايجتمعان ابدا » نص على التأبيد •

ولهما ان الاكذاب رجوع ، والشهادة بعد الرجوع لاحكم لها ، ولا يجتمعان ما داما متلاعنين، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان •

فصـــــل

النفي في المجلس

٦٦٣٩ ـ ولو كان الرجل غائبا فبلغه الخبر فلم ينفه في المجلس فليس له نفيه •

٦٦٤٠ ـ وقال الشافعي اذا سكت لم يكن له ان ينفيه •

٦٦٤١ ـ وقال أبو يوسف ومحمد له أن ينفيه الى مدة النفاس وهو أربعون يوما •

فصـــــل

حكم ولد الملاعنة

٦٦٤٢ ـ واذا وقع اللعان وهناك ولد الحق بامه وقطع نسبه عن الزوج فصار كأن لا أب له •

فصـــــل

٦٦٤٣ ـ فان ادعاه بعد ذلك نظرب فان ادعاه في حال الحياة صحت دعواه ، وان كان قد مات فالدعوى باطلة •

٦٦٤٤ ـ وقال الشافعي يصح ايضا •

فصـــــل

من له ادعاء الولد بعد موت الملاعن

٦٦٤٥ ـ وان كان قد خلف ولدا فان كان ذكرا صحت الدعوى به ، وان كان ولدا أنثى لم يصح عند ابى حنيفة •

٦٦٤٦ ـ وقالا لايصح في الحالين جميعا •

فصـــل

٦٦٤٧ ـ واذا ولدت ولدين [في بطن واحد] فأقر باحدهما ونفا الآخر لزماه جميعا لانه حمل واحد فلا يتبعض وضرب الحد بالقذف[١] •

فصـــل

اللعان عند الحاكم

٦٦٤٨ ـ ولا يكون اللعان الا عند الحاكم ، ولا يصح بين الزوجين بـدون حاكم •

فصـــل

٦٦٤٩ ـ واذا قذف امرأته ثم أبانها فلا حد عليه ولا لعان ، وقـال الشافعي يجب اللعان •

فصـــل

الامتناع عن اللعان

٦٦٥٠ ـ واذا أمتنع الزوج أو الزوجة عن اللعان حبس حتى يلتعن•

٦٦٥١ ـ وقال الشافعي ومالك يقام عليه الحد ، وهما لايريان النكول محكوما به في الاموال فكيف فعلوه في الدماء ؟

---

(١) سوى السمناني بين حالتي نفيه الاول أو الثاني منهما في وجوب الحد عليه ، وفرق في الهداية بين الامرين فجعل اعترافه بالثاني مع نفي الاول بمثابة اكذاب نفسه فأوجب الحد عليه ، وجعل اعترافه بالاول مع نفي الثاني مستوجبا للملاعنة لتأخر القذف عن الاقرار بالعفة وفيما عدا ذلك فتستوى الحالتان في ثبوت نسب الولدين •

فصـــل

موجب القذف

٦٦٥٢ ـ وموجب القذف اللعان ، وقال الشافعي موجبه الحد .
وفي اللعان فروع كثيرة ، ومسائل مشتبهة واذا قد ذكرنا حكم اللعان والفرقة وكانت فرقة اللعان طلاقا عندنا فهل تجب النفقة فيه وفي البائن أم لا؟

وهذا ما يقضي بان تذكر أحكام النفقات على النساء والصغار والعبيد.

كتاب النفقات

وهذا كتاب النفقات[1]

٦٦٥٣ ـ والنفقة تجب بالنكاح والنسب والملك ، ولكل واحد من الاسباب الثلاثة أحكام تخصه .

فصل

نفقة النكاح

٦٦٥٤ ـ فنفقة النكاح واجبه لكل زوجة على زوجها اذا كانا بالغين قد سلمت نفسها في منزل الزوج وهذا لاخلاف فيه[1] .

فصل

نفقة الصغيرة

٦٦٥٥ ـ فان كانت الزوجة صغيرة والزوج كبيرا فلا نفقة لها حتى تبلغ الى حال تصلح للوطء .

---

(١) النفقة ما يبذله الانسان فيما يحتاجه هو أو غيره من الطعام والشراب وغيرهما (سبل السلام ٣/٢١٨) . ودليل النفقة في القرآن قوله تعالى : لينفق ذو سعة من سعته ، وقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف . وفي السنة قوله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف . والنفقة جزاء الاحتباس ، وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه (الهداية ٢/٣٩) .

(١) لم يشرط أهل الظاهر في نفقة الزوجة التسليم ولا منعوها النفقة بالنشوز فقد جاء في المحلى لابن حزم (١٠/٨٨) « ينفق الرجل على أمرأته من حين يعقد نكاحها دعى الى البناء أو لم يدع ولو أنها في المهد ، ناشزا كانت أو غير ناشز غنية كانت أو فقيرة ذات أب كانت أو فقيرة » . وذهبوا الى أن الزوج اذا عجز عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك (المحلى ١٠/٩٢) .

فصـــل

نفقة زوج الصغير

٦٦٥٥ ـ وان كان الزوج صغيرا والمرأة كبيرة فلها النفقة •

٦٦٥٦ ـ وللشافعي قولان احدهما لايجب لها وسوى بين الصغيرة والصغير في منع النفقة والثاني التسوية في الوجوب •

فصـــل

٦٦٥٧ ـ وتجب النفقة للمسلمة والذمية ، حرة كانت أوامة اذا كانت تصلح للوطىء •

فصـــل

لا نفقة لممتنعة عاصية

٦٦٥٨ ـ لانفقة لمن منعت نفسها عاصية وكل امرأة منعت نفسها عن الكون مع الزوج بسبب هي عاصية فيه فلا نفقة لها كالناشز وان منعت منه لحق أو باطل فلا نفقة لها كمن حبست بدين أو غصبها غاصب ، لان النفقة تجب بالتمكين من الوطىء •

٦٦٥٩ ـ وان سافرت للحج فلا نفقة لها عند أبي حنيفة ومحمد ، لانها مانعة نفسها بالسفر فلا تجب النفقة •

٦٦٦٠ ـ وقد روى عن أبى يوسف انه يجب لها نفقة الاقامة دون السفر ، ولا يلزمه كراء الحج •

وان كان الزوج معها مسافرا فلها النفقة لان الكون مع الزوج ومنع الاحرام من الوطء كمنع القرن والرتق ، وقد قال أصحابنا يجب للقرناء والرتقاء النفقة •

فصـــــل

ما يفرض للزوجة

٦٦٦١ ـ ويفرض للزوجة ما يكفيها بالمعـروف من غير سرف ولا تقتير، وسنبين قدر النفقة في باب أن شاء الله •

فصـــــل

سقوط النفقة بمضي الزمان

٦٦٦٢ ـ والنفقة تجب على الزوج بفرضها على نفسه أو بحكـــم الحاكم لها بذلك ، فان لم يفرض ذلك الحاكم سقطت بمض المدة عندنا •

٦٦٦٣ ـ وقال الشافعي لا تسقط بمضى الزمان •

٦٦٦٤ ـ وقد روى عن الحسن وابراهيم وشريح أنها تسقط بمضي الزمـــان •

٦٦٦٥ ـ لان المقصود بها أحياء النفس ، وليست عوضا عن البضع كالمهر ، ولانها تجرى عندنا مجرى نفقة ذوى الارحام •

فصـــــل

سقوطها بالموت

٦٦٦٦ ـ وقال أصحابنا أنها تسقط بالموت وان كانت مفروضة لهـا بفرضه أو فرض الحاكم ، ولا فرق عندنا بين موت الزوجة أو الزوج لان مال الزوج قد خرج عن ملكه •

٦٦٦٧ ـ وقال الشافعي لا تسقط بموت أحدهما ، واتفق الفريقان على أن نفقة ذوى الارحام والابوين تسقط بالموت •

٦٦٦٨ ـ وشبه أصحابنا ذلك بالدية على العاقلة أنها تسقط بموت العاقلة ولا يؤخذ من تركتها •

فصـــل

نفقة المبوأة

٦٦٦٩ ـ ولا تجب نفقة الزوجة الامة اذا بوأها مولاها بيتا ، فـان كانت في بيت المولى فلا نفقة لها لان النفقة تستحق بالكون عند الزوج •

فصـــل

٦٦٧٠ ـ ولا فرق بين أن يكون زوجها حرا أو عبدا في وجـوب النفقـة عليـه •

٦٦٧١ ـ ولا تختلف الحرة والامة في الزوج •

فصـــل

٦٦٧٢ ـ وتجب في ذمة العبد ، ويباع عندنا اذا أجتمعت •

٦٦٧٣ ـ وقال الشافعي لاتباع في ذلك كما لا يباع المأذون في التجارة، ويؤخذ بها بعد العتق •

فصـــل

٦٦٧٤ ـ واذا طلبت مهرها ولم يدفعه اليها فلها النفقة حتى تأخـذ المهر لانه مطالبة بحق لها عليه •

فصـــل

هل للموطوءة حبس نفسها؟

٦٦٧٥ ـ وان كانت سلمت نفسها الى الزوج فوطأها فلها المنع عنـد ابي حنيفة والنفقـة •

٦٦٧٦ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لاتجب لانه ليس لها حبس نفسها عنه بد ذلك •

فصـــــل

نفقة زوجة الإبن الصغير

٦٦٧٧ ـ وينفق الولى على أمرأة أبنه الصغير من مال الصغير ، فان كان لا مال له فلا نفقة على الاب على زوجة الابن .

فصـــــل

منع أهل الزوجة

٦٦٧٨ ـ وللزوج أن يمنع أهلها من الدخول الى منزله ، وليس له أن يمنعهم من تفقدها ، وكذلك أمها لان طاعة الابوين واجبة عليها .

فصـــــل

اعتبار النفقة

٦٦٧٩ ـ واذا فرض النفقة لها وهو فقير فايسر أو فرضها القاضي فانه يزيدها بزيادة حاله وتنقص بنقصان حاله ، لانها تجب بحال الزوج[١]

٦٦٨٠ ـ وقد قال بعض أصحابنا أنها تعتبر بحالهما جميعا[٢] .

---

(١) جاء في الهداية (٢/٣٩) « قال الكرخي (ر) يعتبر حال الزوج، وهو قول الشافعي (ر) « لينفق ذو سعة من سعته » . ١ هـ

(٢) جاء في الهداية (٢/٣٩) ان هذا هو أختيار الخصاف ، وعليه الفتوى ... فان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات . ١ هـ . وقد أخذ قانون الاحوال الشخصية العراقي بالقول الذى عليه الفتوى فنصت المادة (٢٧) منه على أن تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسرا وعسرا » .

وفي الامتناع في حل الفاظ ابى شجاع (٢/١٨٩) نفقة الزوجة مقدرة على الزوج بحسب حاله . وفي المحلى لابى حزم ان هذا هو أيضا قول أهل الظاهر (١٠/٨٨ منه) .

فصـــل

٦٦٨١ ـ وإن كان الرجل من ذوى الموائد والطعام والشراب والدجاج والحلوى والمرأة فقيرة فانه لايكلف من ذلك الا بحسب ما جرت عادتها •

فصـــل

٦٦٨٢ ـ وان كانت هي من أهل البيوتات ومن يعتاد هذا وسـع عليهـا في ذلـك •

فصـــل

فرض النفقة لخادم

٦٦٨٣ ـ وتفرض النفقة لخادم واحد أن كانت من ذوات الخـدم ، ولا تفرض لما زاد على ذلك في قولهم المشهود ، وروى عنهم أنه يفرض لخادمين ولا يفرض لما زاد •

٦٦٨٤ ـ وقد روى الطحاوى في المختصر عن أبي يوسف انه يفرض لما زاد عن ذلك اذا كانت كذلك •

فصـــل

أعار الرجل بالنفقة

٦٦٨٥ ـ واذا أعسر الرجل بالنفقة فانه يفرض عليه ويؤذن لهـا في الاستدانة عليه ، والنفقة من عندها ، ويؤخذ بذلك اذا أيسر •

٦٦٨٦ ـ وقال الشافعي يفسخ النكاح بالاعسار بالنفقة ، وله في العسرة بالمهر قولان احدهما يفسخ به ، والثاني لايفسخ به •

فصـــل

٦٦٨٧ ـ ويجب رفع يديه عنها لتكسبان لم يكن لها مال •

فصـــــل

الحبس بالنفقة الواجبة

٦٦٨٨ ـ ويحبس الرجل في النفقة الواجبة كما يجب في ســائر الديون الواجبــــة •

فصـــــل

وجوب النفقة على الغائب والحاضر

٦٦٨٩ ـ وتجب النفقة على الزوج أذا غاب •

كما تجب لو كان حاضرا •

فصـــــل

نفقة زوجة الغائب إذا لم يكن نكاحها ثابتاً عند الحاكم

٦٦٩٠ ـ فان غاب الزوج وحضرت تطلب النفقة من ماله ، والنكاح غير ثابت عند الحاكم واقامت البينة بالنكاح ، فمن أصحابنا من قال لاتسمع بينتها بالنكاح لانه قضاء على غائب ، ومنهم من قال تسمع ويفرض ويكون دينا عليه يؤخذ به اذا حضر •

٦٦٩١ ـ ومن الفقهاء من قال يؤخذ من ماله منهم الشافعي وغيره •

٦٦٩٢ ـ وقد روى أن هندا بنت عتبة أتت النبي صلى الله عليـــه وســـلم وقالت :

(أن أبا سفيان رجل شحيح لايعطينى وولدى ما يكفينى ، وله مال)
فقال عليه السلام •

« خذي من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف »[1] .

فصـــل

الإنفاق من الوديعة

٦٦٩٣ ـ وان كان له مال عند رجل وديعة ، وهو مقر بذلـك وبالزوجية فانه يؤثر ان ينفق عليها ويكون ذلك دينار يؤخذ منها به كفيل .

فصـــل

٦٦٩٤ ـ واذا حضر الغائب وانكر النكاح كلفت اعادة البينة عليه بذلك ، فان أقامت لها بها وامر بتسليم ما فرض لها من ذلك .

فصـــل

٦٦٩٥ ـ ولا يبيع الحاكم في النفقة عليه العروض والعقار عند أبي حنيفـة .

٦٦٩٦ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يبيع العروض والعقار في النفقة والدين وهو قول الشافعي وعنده يحبس حتى يبيع بنفسه ، أعنى أبا حنيفة وأجمع الفريقان انه لايباع ثبات بدنه في ذلك .

---

(١) سبل السلام (٣/٢١٨) وفيها « عن عائشة » قالت :

دخلت هند بنت عتبه بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف ... امرأة أبي سفيان على رسول الله(ص) فقالت يا رسول‌الله ان أبا سفيان رجل شحيح لايعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى ألا ما أخذت من مالـه بغير علمه ، فهل على في ذلك جناح ؟

فقال : خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بينك . متفق عليه .

وقد فسر الشح بأنه البخل مع حرص فهو اخص من البخل ، والبخل يختص بمنع المال والشح بكل شيء .

فصـــل

الكفيل بالنفقة عند سفر الزوج

٦٦٩٧ ـ واذا أراد الزوج سفرا فطلبت بالنفقة كفيلا ، فان ابا حنيفة قال لا آخذه بما لم يجب لها بعد ٠

٦٦٩٨ ـ وقال محمد يؤخذ لها شهر واحد لا ما زاد عليه ٠

فصـــل

لزوم شهر واحد

٦٦٩٩ ـ ولو تكفل رجل بنفقة امرءته كل شهر كذا لزمه شـــهر واحد ولا يلزمه ما زاد على ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، وروى عن أبي يوسف انه يلزمه نفقة كل شهر ما دام النكاح باقيا ٠

فصـــل

التوقيت في النفقة

٦٧٠٠ ـ ولو وقت وقتا معلوما وتكفل به جاز في قولهم جميعا ٠

فصـــل

التكفل بنفقة الزوجة للأبد

٦٧٠١ ـ ويجوز أن يتكفل بنفقة الابد ما دام النكاح قائما[١] ٠

فصـــل

التكفل بنفقة الوالد أبداً

٦٧٠٢ ـ ولو تكفل بنفقة الولد ابدا لم يجز لانه ينقطع ببلوغه وفي النكاح لا ينقطع ٠

---

(١) هذا دليل على جواز ترتيب مرتب مدى الحياة في الفقه الاسلامي

فصـــــل

تخلية البيت

٦٧٠٣ ـ وان طلبت الزوجة ان يخلى لها البيت ولايكون معها غيرها فلهـا ذلك .

فصـــــل

مجاورة الصالحين

٦٧٠٤ ـ وان شكت سوء اخلاقه وطلبت ان تكون في جوار قـــوم صالحين وأن يكون في جواره رجل صالح وصاه بها ، وان كانوا يتعصبون له كلفة النقلة بها الى جوار قوم صالحين .

فصـــــل

سلفة النفقة

٦٧٠٥ ـ ولو تسلفت النفقة والكسوة سنتين ثم ماتت أو مات الزوج قبل ذلك لم يرجع عليها بشيء ، ويكون ذلك لورثتها عند أبي حنيفـــة وأبي يوســـف .

٦٧٠٦ ـ وقال محمد يحسب لها بمقدار ما مضى من المدة .

وكذلك أن استهلكت ذلك .

فصـــــل

ضياع النفقة وسرقتها

٦٧٠٧ ـ وان سرقت النفقة منها أو ضاعت من يدها فلا نفقة لها لما بقى من المدة ، ولا كسوة .

فصــــل

٦٧٠٨ ـ قال وفي الاب والابن اذا سرقت نفقته تجب له نفقة اخرى لان ذلك ليس فيه معنى العوض وانما هو على سبيل التطوع •

فصــــل

باب قدر النفقة

٦٧٠٩ ـ قال أصحابنا تفرض النفقة بقدر الحاجة على ما تقدم وبحسب ما يراه الحاكم من ذلك ولا قدر له مقدر لاتجوز الزيادة عليه ولا النقصان بل ذلك موقوف على اجتهاده •

٦٧١٠ ـ وقال الشافعي يفرض على الفقير مـدا قمح واوقية زبيب والمتوسط مد ونصف (مد) واوقية ونصف (أوقية) زبيبا ، وعلى الغنى مدان واوقيتان من زبيب ، ولا يختلف عنده الحال في ذلك ، وهذا يكتب به في الدفاتر لا يعمل به في البلاد وقد رأينا جماعة من الحكام من اصحابه وهم يفرضون ويحكمون بغير ذلك بل كما نقول نحن في ذلك •

فصــــل

ما يفرض في الكسوة

٦٧١١ ـ ويفرض في الكسوة عندنا على الفقير قميص ومقنعة وملحفة على قدر ما يحتمل مثله ، وان كان موسرا فرض اجود من ذلك مما يحتمل مثله ، ويزيدها في الشتاء جبة وسراويل على قدر يساره وعسرته •

فصــــل

اللحاف والقطيفة

٦٧١٢ ـ وان طلبت لحافا أو قطيفة تنام عليها لزمه من ذلك ما يلزم مثله من القطن ثم الكتان ثم الحرير على حسب العادة في ذلك •

فصـــل

٦٧١٣ ـ ويفرض على الذمي النفقة لزوجته وان كانت ذات رحم منه عند أبي حنيفة لانه يقرهم على النكاح •

وقال أبو يوسف ومحمد لايفرض ويفرق بينهم •

٦٧١٤ ـ وقد روى عن أبي يوسف أنه قال أتبعهم في ديارهم وافرق بينهم ، وما هم فيه من الكفر أعظم مما هم فيه من النكاح •

فصـــل

٦٧١٥ ـ واتفق الجميع على أنه لو كان تزوج بغير شهود أو في عدة من ذمي وبلا ولى انه يفرض النفقة ولا يفرق •

فصـــل

البينة بالنكاح والوديعة

٦٧١٦ ـ واذا أدعت امرأة الغائب أن له عند أنسان وديعة وأنهـا زوجة له ، وطلبت ان يسمع بينتها بالنكاح والوديعة •

٦٧١٧ ـ قال أبو يوسف يسمع في قوله الاول ، وقال أبو حنيفـة ومحمد لا يسمع البينة وهو قوله الاخر ، ولا فرق عندهما بين ان يجحد النكاح أو الوديعة أوهما في ان ذلك لا يسمع •

فصـــل

اختلافهما في اليسار والفقر

٦٧١٨ ـ واذا اختلف الزوج والزوجة في اليسار والفقر فقالـت الزوجة ، أنت غنى وعليك نفقة الغني ، وقال الزوج بل أنا فقير معسـر فالقول قول الزوج مع يمينه لان الاصل عدم الغنى ، وان اقاما بينة فبينـة المرأة أولى لانها تثبت الامر الطارىء •

باب نفقة المطلقة

فصـــل

نفقة المطلقة رجعياً

٦٧١٩ ـ أجمع العلماء على أنه تجب النفقة للمطلقة طلاقا رجعيـا ما دامت في العدة ، وحكمها في النفقة كالزوجات •

فصـــل

٦٧٢٠ ـ ولا فرق بين أن تكون كبيرة أو صغيرة عند من يوجب النفقة للصغيرة من الزوجات •

فصـــل

٦٧٢١ ـ ولا بين الحامل والحائل ولا بين المسلمة والذمية ولا بين الحرة والامة •

فصـــل

نفقة المطلقة بائناً

٦٧٢٢ ـ واختلف في المطلقة طلاقا ثلاثا أو بائنا كالمختلعة وغيرهـا فقال أصحابنا لها النفقة والسكنى كما للرجعية •

٦٧٢٣ ـ وقال الشافعي في آخر قوليه لا نفقة لبائن [الا اذا كانت حامـلا][1] •

٦٧٢٤ ـ وقال أبن أبي ليلى لها السكنى دون النفقة ، واجمع الجميع على أنها لو كانت حاملا فلها النفقة[2] •

---

(١) من الهداية ٢/٤٤

(٢) مرد الاجماع ههنا النص لقوله تعالى : « وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن » (الهداية ٢/٤٤) •

٦٧٢٥ ـ واختلف اصحاب الشافعي في طريق الوجوب فمنهم من قال تجب لاجل الحمل خاصة ومنهم من قال بسبب الحمل ، ولو كان لمكان الحمل لوجب للموطؤه بشبهة ولام الولد وفي النكاح الفاسد ، ولتعددت بعدد الاولاد ، ولكان الولد اذا خرج ميتا أن يرجع عليها بالنفقة .

٦٧٢٦ ـ وقال أصحابنا انما وجب للحامل النفقة لانها محبوسة عليه والحائل مثلها في هذا المعنى .

٦٧٢٧ ـ وقد روت فاطمة بنت قيس أنها قالت ، طلقني زوجي ثلاثا ووكل أخاه في نفقتي فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى نفقة .

٦٧٢٨ ـ وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، لاندع كتاب ربنا وسنة بينا لقول أمرأة لعلها نسيت أو أشتبه عليها[١] .

فصل

اختلافهما في انقضاء العدة

٦٧٢٩ ـ واذا اختلف الزوج والزوجة في انقضاء العدة فالقول قولها مع يمينها .

فصل

مدة الإنفاق على الحبلى المطلقة

٦٧٣٠ ـ وان قالت أنا حبلى ، انفق عليها الى سنتين عندنا واربع سنين

---

(١) في الهداية ٢/٤٤ ـ ٤٥) أن عمر بن الخطاب (ر) قال ايضا « سمعت رسول الله (ع) يقول « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة» . وانظر أيضا جامع مسانيد الامام ٢/١٥٨ـ ١٥٩ و ١٦٠ و ١٦٢ وفيها أيضا أن حديث فاطمة بنت قيس رده أيضا زيد بن ثابت (ر) واسامة بن زيد وعائشة (ر) .

عند الشافعي ، فان مضت المدة ولم تلد فقالت ظننت ابي حبلى ، وقال الزوج بل قد أمرت بانقضاء العدة ، فالعدة حتى تحيض او تبلغ حد الاياس فتعتد بثلاثة أشهر بعد ذلك •

فصـــــل

٦٧٣١ ـ وينبغي ان كانت آيسه ان يرجع الى غيرها في الشهور لان ذلك لايقدر على أستعلامه من غيرها •

فصـــــل

اختلافهما في مضي الشهور

٦٧٣٢ ـ وان اختلفا في مضى الشهور فالقول قولها انها لم تمض لان الأصل عدم مضيها •

فصـــــل

٦٧٣٣ ـ وان أقام كل واحد بينة بما قال فلم أر لاصحابنا هذا الفرع ويحتمل ان تكون البينة بينتها لانها تثبت الحق على الزوج وهو ينفي ذلك ، ويحتمل أن يقال بينه الزوج مقبولة لانها تثبت معنى الاجل ، وســـقوط الحق عن ذمته ، والاول أظهر من الثاني ، وقد قلنا اذا اختلفا في الاجارة ومضى المدة فيما تقدم ما في ذلك من الخلاف فيجب ان تكون ههنا مثله •

فصـــــل

نفقة المختلعه والمبارئة المفادية

٦٧٣٤ ـ وللمختلعة والمبارئة والفادية النفقة لانها تجب بسبب العدة لا بسبب النكـــاح •

فصـــــل

نفقة الملاعنة

٦٧٣٥ ـ والملاعنة لها النفقة ما دامت في العدة لان غاية الحال ان تكون في حكم البائنة •

فصـــــل

نفقة الأمة المعتقة

٦٧٣٦ ـ والامة اذا أعتقت وهي عند زوج فاختارت نفسها فلها النفقة لان خيارها كخيار الطلاق •

فصـــــل

قاعدة عامة في النفقة بكل فرقة من قبل الزوج

٦٧٣٧ ـ وكل فرقة جاءت من قبل الزوج بمعصية كانت أو غـــير معصية فلها النفقة والسكنى ما دامت في العدة •

فصـــــل

في الفرقة من قبل الزوجة

٦٧٣٨ ـ وكل فرقة جاءت من قبلها بمعصية فلا نفقة لها في العـــدة كالمرتـــــدة •

فصـــــل

حكم نفقة العدة

٦٧٣٩ ـ ومن لها النفقة في العدة فحكمها حكم الزوجة في النفقـــة تبطل بما يبطل في النكاح ، وتجب فيما يجب في النكاح ، فالردة تســقط النفقة في الموضعين لانها تستحق الحبس بذلك وهذا معنى يسقط النفقة في النكـــاح •

فصــــل

تقبيل ابن زوجها في العدة

٦٧٤٠ ـ ولو قبلت أبن زوجها في العدة لم تسقط النفقة لانها لـم تزدد بينونة بذلك •

فصــــل

تقبيل ابن زوجها خلال قيام النكاح

٦٧٤١ ـ ولو كان ذلك في النكاح لسقطت النفقة بذلك •

فصــــل

نفقة الناشز المطلقة

٦٧٤٢ ـ ولو طلقت في غير بيت الزوج وارادت الرجوع اليه ، او كانت ناشزاً فعادت اليه فلها النفقة في الموضعين في النكاح والعدة •

فصــــل

المسألة بعينها في الأمة

٦٧٤٣ ـ ولو كانت أمة فعادت الى منزل الزوج فليس لها نفقة عند الثلاثة من علمائنا •

٦٧٤٤ ـ وقال زفر لها النفقة اذا عادت الى بيت الزوج •

باب نفقة الصبيان

فصــــل

أجرة الرضاع

٦٧٤٥ ـ ومن له ولد صغير يرضع فطلبت امه اجرة الرضاع وابت أن ترضعه فانها لا تجبر على أرضاعه منها •

٦٧٤٦ ـ وقال الحسن وابراهيم تجبر على أرضاعه منها •

فصـــل

٦٧٤٧ ـ وليس لها أن تأخذ الاجر منه عندنا ولا في العدة منه[(١)] لانها في نفقته وتحت حبسه •

فصـــل

٦٧٤٨ ـ وان أنقضت العدة فهي أحق برضاعه من الاجنبية بما تأخذ الاجنبية من الاجر •

فصـــل

نفقة الصغير بعد الفطام

٦٧٤٩ ـ ويفرض للصغار اذا خرجوا من الفطام ما يحتاجون اليه بالمعروف ويسلم الى أمهم ان كانت امينة لتنفق ذلك فان كانت غير مأمونة يسلم الى من ينفق على الصغار •

فصـــل

٦٧٥٠ ـ واذا كان للصغار مال انفق عليهم منه (فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا)[(٢)] •

فصـــل

٦٧٥١ ـ وان كان الاب معسرا فرض لها عليه النفقة واذن لها في الاستدانة عليه •

---

(١) في الهداية (٢/٤٥ ـ ٤٦) ان أستأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز ، لأن الارضاع مستحق عليها ديانة • قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن •

(٢) الهداية ٢/٤٦ •

فصـــــل

٦٧٥٢ ـ فان تصدق على الصغار بصدقة لم يرجع على الاب لانهم أكلوا من غير جهة الام •

فصـــــل

٦٧٥٣ ـ وقال أصحابنا لا يشارك الاب احد في النفقة على الصغـار من ولده ، وان كانوا اناثا كبارا وذكورا زمنى •

٦٧٥٤ ـ فالنفقة بين الاب والام أثلاثا على الام الثلث من ذلك وعلى الاب الثلثـــان •

فصـــــل

٦٧٥٥ ـ وقد روى عنهم ان الجد كالاب لا يشاركه في النفقة أحد•

٦٧٥٦ ـ وروى عنهم انه يشاركه الام ، وفي الاب رواية يشارك الام في الصغـار أيضـــا •

فصـــــل

إيجار الصغير

٦٧٥٧ ـ وللاب أن يؤجر الصبي ما دام صغيرا وينفق عليه ما يحتاج اليه ويحفظ الباقي له ، وان كانت امه محتاجة انفق عليها من كسبه لانـه فاضل للصبي عما يحتـاج اليـــه •

فصـــــل

للزوجة النفقة ولو غنية

٦٧٥٨ ـ ولا تفرض نفقة احد على أحد مع الغنى الا الزوجة خاصة، ومن سوى الزوجة فيعتبر الفقر •

باب النفقة على الأبوين وذوي الأرحام

فصـــــل

٦٧٥٩ ـ ويجبر الولد على نفقة الابوين اذا كانا محتاجين ، الذكر والانثى سواء في ذلك •

فصـــــل

٦٧٦٠ ـ وان أجتمع الابن والبنت فالنفقة عليهما بالسوية ، ولا يفضل الابن في النفقة على البنت •

فصـــــل

٦٧٦١ ـ وكذلك الاجداد والجدات مثل الاب والام •

فصـــــل

لا عبرة باختلاف الدين

٦٧٦٢ ـ وينفق الرجل على الصغار من ولده وولد ولده [والابوين والاجداد والجدات][١] وان كانوا علي خلاف دينه ، كما ينفق عـــلى الزوجة مع أختلاف الدين •

فصـــــل

وجوب النفقة على الذمي لولده المسلم

٦٧٦٣ ـ واذا أسلمت امرأة الذمي ولها ولد صغير فانه يصير مسلما، ويجب على الاب الذمي نفقته ، وكذلك لو أسلم الاب وبقيت الام وهي غنية

---

(١) من الهداية ٢/٤٧ وفيها أيضا « الا أنهم اذا كانوا حربيين لاتجب نفقتهم على المسلم » •

والاب فقير فعليها النفقة على الصغير ، ولها ان ترجع على الاب في الرواية التي لا يشتركان في النفقة وهي الاظهر •

٦٧٦٤ ـ وكذلك حكم ولد الولد وان سفل هو مثل الولد الاعلى •

فصــــل

النفقة على قدر الحال لا الرؤوس

٦٧٦٥ ـ وان كان لها أبن موسر مكثر واخر متوسط الحال فرض على المكثر من النفقة أكثر مما يفرض على المتوسط كما يفعل في نفقـــــة الزوجات ، والنفقة على قدر الحال لا على قدر الرؤوس•

فصــــل

٦٧٦٦ ـ وان كان أحدهما ذميا والاخر مسلما فالنفقة عليهما جميعا، ولا يعتبر في الاب من يرثه أو من هو على دينه •

فصــــل

٦٧٦٧ ـ ولو ترك بنتا واخا فان النفقة على البنت دون الاخ وليس الاخ كالبنت وان ورث معها لانها أقرب رحما من الاخ •

فصــــل

نفقة الأخوة

٦٧٦٨ ـ ويجبر الابن على النفقة على أبيه واخوانه الصغار اذا كان لـه مال •

٦٧٦٩ ـ وقال الشافعي ، لا يجبر على نفقة الاخوة والاخوات •

وقد قال تعالى وعلى الوارث مثل ذلك

فصـــل

نفقة امرأة الأب

٦٧٧٠ - وقال أصحابنا لايجبر على نفقة امرأة أبيه[1] ولا أم ولده لان أعفافه لا يجب عليه عندنا ، وعند الشافعي يجبر لان اعفافه واجب عليه.

فصـــل

٦٧٧١ - قال أصحابنا ، فان كان بالاب علة تمنعه من خدمة نفسه فان الابن يجبر على نفقة من يخدمه من زوجة أو أم ولد لان خدمته واجبة عليه

فصـــل

ابن ذات الزوج المعسر

٦٧٧٢ - وان كان للمرأة زوج معسر وأبن موسر فالنفقة على الزوج دون الولد ، غير أنه يؤخذ من الابن على سبيل القرض على الزوج فيأخذ ذلك بعـد اليسـار .

فصـــل

أقراض النفقة

٦٧٧٣ - وان أبى الابن أن يقرضها فان الحسن بن زياد قال ، تفرض عليه النفقة ويجعل الزوج كالميت اذا كان معسرا .

---

(١) اقتصرت المادة (٦١) من قانون الاحوال الشخصية على الزام الولد الموسر بنفقة والديه الفقيرين فقط . فلا يجبر على نفقة امرأة أبيـه بدون نص . ومع ذلك ينبغي التسليم بان الاب اذا كانت به علة تمنعه من خدمة نفسه اجبر الابن على نفقة من يخدمه من زوجة أو غيرها .

فصـــــل

اجتماع ابن الإبن والبنت

٦٧٧٤ ـ وان أجتمع ابن الابن والبنت لانها أقرب من ولد الابن •

فصـــــل

إلزام العم بالنفقة

٦٧٧٥ ـ والعم يجبر على نفقة أبن أخيه

فصـــــل

نفقة ذوي الأرحام

٦٧٧٦ ـ ويجبر على نفقة عماته وخالاته وكل ذات رحم [محرم] من النساء وعلى ولد الاخ المحتاج الزمن ، ومن ليس به زمانة فانه لايجبر أن ينفق عليهمن الرجال الا من ذكرنا •

فصـــــل

٦٧٧٧ ـ ولا يجبر على النفقة على ولد العم والعمة ولا ولد الخال والخالة لانهم ليسوا بذوى رحم محرم منه •

٦٧٧٨ ـ وقال أبو موسى الضرير فى مختصره :

ومن أصحابنا من أوجب النفقة لكل وارث سواء كان محرما أو غير محرم ، واختار القول به •

فصـــــل

٦٧٧٩ ـ وتجب النفقة على بنت البنت دون الاخ من الاب أو الام لانها من ولد ولده ، ولا يقال فاجعل النفقة على الوارث منهما •

فصـــــل

٦٧٨٠ - ولا يجب ذلك لابن الاخ المسلم والابن النصراني تجب النفقة على الابن وان يرث الابن •

وقد ذكر الخصاف عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه في النصراني الذى قال له :

(أخذنا كسبك وانت صحيح ونتركك اليوم ففرض له نفقة في بيت المـــال) •

فصـــــل

القول لمن في القدرة

٦٧٨١ - اذا أختلف الاب الطالب والابن المطلوب في الغنى والقدرة فقال الابن لا قدرة لى فالقول قوله وينظر الحاكم الى كسبه ، فان كان فيه فضل أخذه من الابن ، وان لافضل فيه لم يأخذ •

٦٧٨٢ - وقال بعض الفقهاء ادخل الاب في كسبه ويزاحمه في قوته لانه بعضه وماله ماله •

فصـــــل

مال الإبن الغائب

٦٧٨٣ - واذا كان للابن مال في يد الاب وغاب الابـن فانفق الاب المال عليه وعلى أمه فلا ضمان على الاب اذا كان محتاجا ، وان أخذ المال من غيره فهو ضامن ، وليس هذا لغير الاب والام ممن يجب عليه نفقه من جميع الجهـــات •

فصـــــل

بيع مال الإبن الغائب في النفقة

٦٧٨٤ - وان باع مال الابن وهو كبير غائب في نفقته فبيعه جائز في

الاستحسان عندنا في العروض وغيرها، وليس الام كالاب في هذا الحكم ، والقياس فيهما سواء ، وهو قولهما •

فصـــل

نفقة ولد الحرة من عبد

٦٧٨٥ ـ والحرة اذا ولدت من عبد فنفقة الولد على عصبة الام عند جابر بن زيد ، وعندنا النفقة على الام •

٦٧٨٦ ـ وهو قول الشافعي ولا ينفق مملوك على ولده سواء كان من حرة أو أمة ، والمكاتب والمأذون والعبد المحجور عليه في ذلك سواء •

وتجب على الحرة ان كانت زوجة وعلى مولى الامة ان كانت امة أو مدبـــرة •

فصـــل

زوجة المفقود وصغاره

٦٧٨٧ ـ والمفقود اذا غاب فانه ينفق على زوجته والصغار من اولاده والزمنى الكبار منهم ، ويؤخذ كفيل بما يأخذون من ذلك •

فصـــل

ذوو أرحام المفقود والكبار من ولده

٦٧٨٨ ـ ولا ينفق على ذوى ارحامه ولا على الكبار من ولده •

فصـــل

الوكيل على أموال المفقود

٦٧٨٩ ـ ويقيم الحاكم له وكيلا يحفظ ماله وينفق من دخله على ما يحتاج اليه حتى تثبت وفاته •

فصـــل

زوجة المفقود

٦٧٩٠ ـ ولا تتزوج أمرأته مالم تثبت وفاته أو تأتي عليه مدة لايعيش الى مثلها في الغالب ، وقد قدر بعض أصحابنا ذلك بمائة وعشرين سـنة [والارفق ان يقدر بتسعين][1] .

٦٧٩١ ـ وقال مالك اذا مضت اربع سنين اعتدت عدة الوفاة وتزوجت فان وصل الزوج قبل الدخول بها فهو أحق بها ، وهو قول الشافعي في القديم واحتج بخبر تميم الداري .

٦٧٩٢ ـ وقد روى عن علي رضي الله عنه انه قال : امرأة بليت فلتصبر [حتى يستبين موت أو طلاق][2] .

فصـــل

٦٧٩٣ ـ ولو شهدت بينة بالطلاق والزوجة تقر أو تنكر ، وطلبت ان تفرض لها النفقة حتى تزكى البينة ففرض القاضي لها ذلك ، ثم اخذت ذلك وزكيت البينة فرق ولا شيء عليها وان لم تزك فردت الى الزوج فانه يرجع عليها بالنفقة لان القاضي منعها منه فصار كمنعها نفسها .

فصـــل

٦٧٩٤ ـ وان كانت غير مدخول بها فلا عدة عليهما وان كانت مدخولا بها فقد منعت منه فلا نفقة لها .

---

(١) من الهداية ٢/١٨٢ .

(٢) الهداية ٢/١٨١ .

فصـــــل

أمة ادعت الحرية

٦٧٩٥ ـ ولو كانت أمة فشهدت البينة ، وانفق عليها ازمانا لدعواها الحرية أما من جهته أو حرية الاصل فلم تزك البينة فردت في الرق فـلا شيء عليها من ذلك ٠

فصـــــل

امرأته أخته من الرضاع

٦٧٩٦ ـ ولو فرض النفقة لامرأة وقامت البينة أنها أخته من النسب أو الرضاع ، وقد كانت قبضت ذلك ، وفرق القاضي بينهما ، فانها ترد ما قبضت من ذلك لانها قبضته بغير حق فوجب عليها رده ٠

باب اختلافهما في الولد من يكون أحق به

فصـــــل

٦٧٩٧ ـ واذا أختصم الزوج والزوجة في الولد ، فالام اولى به اذا وقع الطلاق بينهما ، وبهذا قضى أبو بكر رضى الله عنه في عاصم بن عمر رضي الله عنه ٠

فصـــــل

حضانة أم الأم

٦٧٩٨ ـ وأم الام احق به مالم تتزوج أو يأكل وحده ويشـــــرب ويتنجى ، ثم الاب أولى منهما ان كان الولد ذكرا ، وان كان أنثى فهي أحق بالجارية حتى تحيض ، ثم الاب اولى بها ٠

فصــــل

٦٧٩٩ ـ وان تزوجت الام أو ماتت فالجدة من قبل الام احق به من الاب حتى يستغنى الغلام بنفسه ، والجارية حتى تشتهى ، ثم الاب اولى ، وسائر العصبات كالاب في ذلك •

فصــــل

تخيير الغلام والجارية

٦٨٠٠ ـ ولا يخير الغلام والجارية اذا بلغا سبع سـنين أو ثمانية ، وقال الشافعي يخير فيدفع الى من يختار من أبويه[١] لانه لايميز مصالحه من مفاسده •

فصــــل

الأم أحق بالحضانة

وقد روى [له] ان امرأة زوجها اختصما في ولد ، فقالت ، يارسول الله صلى الله عليه وسلم [ابن ابنى هذا] ، كانت بطني [له] وعاء وحجرى [له] حواء وثدياى سقاء فكيف يأخذه مني[٢] ؟

---

(١) جاء في سبل السلام ٣/٢٢٧ ـ ٢٢٨ « عن أبى هريرة (ر) ان أمرأة قالت :

يا رسول الله ان زوجي يريد أن يذهب بابنى ، وقد نفعني وسقاني من بئر ابي عنبة ، فجاء زوجها ، فقال النبى (ص) :

يا غلام ، هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به • رواه أحمد والاربعة وصححه الترمذى وصححه أبن القطان ، والحديث دليل على أن الصبى بعد استغنائه بنفسه يخير بين الام والاب ، وأختلف العلماء في ذلك • الخ •

(٢) سبل السلام ٣/٢٢٧ وفي هذا المرجع « رواه أحمد وأبو داود وصححه الحاكم » وفيه أيضا ان الحكم الذى دل عليه (هذا) الحديث لاخلاف فيه وقضى به أبو بكر وعمر • ١ هـ

فقال عليه السلام ، أنت أحق به مالم تتزوجي

وقد وري عن شريح أنه قال ، الاب أشفق والام أرفق

فصـــــل

أم الأم أولى بالحضانة

٦٨٠٢ ـ وأم الام أولى به من أم الاب لانها أقرب الى الام ، ثم أم الاب أولى من الخالة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد •

٦٨٠٣ ـ وقال زفر الخالة أولى من أم الاب •

فصـــــل

الأخت من الأب والأم

٦٨٠٤ ـ والاخت من الاب والام أولى من الخالة في رواية كتـــاب النكاح ، وقال في رواية أخرى الخالة أولى ، والعمّة أولى من بنت الخالة، وأم الام أولى وأن بعدت من الخالة ، وأم الولد اذا أعتقها سيدها أو مات عنها كالحرة ، والمسلمة والذمية في ذلك سواء •

فصـــــل

لا حق لأم الولد في الحضانة

٦٨٠٥ ـ ولا حق لام ولد ولا مدبرة ولا مكاتبة في الحضانة لانهن رقيق مولى عليهن •

فصـــــل

ترتيب العصبات في الحضانة

٦٨٠٦ ـ والعصبات اذا اختصموا في الولد فالاب أحق ، ثم الجد ، ثم الاخ من الاب والام ، ثم الاخ من الاب ، فان كان أبوام أو خال وعم

وطلبوا ذلك فالعم أولى به ، لان هذا حق للنساء ، فاذا لم يكن فذو الرحم المحـــرم •

فصـــــل

هل للمرتدة حضانة

٦٨٠٧ ـ والام أحق به في كل حال اذا وقعت الفرقة ، الا المرتدة اذا لحقت بدار الحرب ، فان عادت رجع حقها من الحضانة •

فصـــــل

٦٨٠٨ ـ وان تزوجت سقط حقها ، فان طلقها الزوج عاد حقها من الحضانة ، والطلاق الرجعي في ذلك والبائن سواء •

باب اختلاف الزوجين في متاع البيت

فصـــــل

سبعة أقاويل

٦٨٠٩ ـ وان أختلف الزوجان في متاع البيت وتداعيا فقد اختلف العلماء في ذلك على سبعة أقاويل •

٦٨١٠ ـ فقال أبو حنيفة : ما كان للرجال فهو للرجال وما كـــان للنساء فهو للنساء ، وما كان مشكلا فهو للباقي منهما ، وفي الموت والطلاق ســـــواء •

٦٨١١ ـ واما في قول أبي يوسف تعطى المرأة جهاز مثلها ، والباقي للزوج في الطلاق والموت •

٦٨١٢ ـ واما في قول محمد بن الحسن ما كان للرجال فهو للرجال

وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان مشكلا فهو للرجل أو ورثته والطلاق والموت سواء •

٦٨١٣ ـ والرابع قول زفر انه ما كان للرجال فهو للرجال وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان مشكلا فهو بينهما نصفان •

٦٨١٤ ـ والخامس قول مالك أن المتاع كله بينهما نصفان ، وهو قول الشافعي ، والموت والطلاق سواء ، وقد روى عن زفر مثلـه ، ذكره في اختلاف زفر •

٦٨١٥ ـ والسادس قول أبن أبي ليلى ان المتاع كله للزوج الا الثياب التي على بدن المرأة فانها أحق بها •

٦٨١٦ ـ والسابع ، ان المتاع كله للمرأة لان البيت لها ، وهو قول الحسن البصري •

فصـــل

أحد الزوجين مملوك

٦٨١٧ ـ وان كان أحد الزوجين مملوكا والاخر حرا فهو للحـر منهما عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد ، ان كان مكاتبا أو مأذونا له في التجارة فهو والحر سواء في ذلك •

فصـــل

السفر بالصبي

٦٨١٨ ـ واذا أرادت الام السفر بالصبي فان الولى أولى به منهـا ، الا أن تخرجه الى مصرها الذي وقع النكاح فيه فلها ذلك ، ولا تخرجه من مصر الى قرية •

٦٨١٩ ـ وروى الخصاف ان لها ذلك ان وقع النكاح فيهـا فلها ان تنقل من المصر اليها •

٦٨٢٠ ـ وقال الطحاوى ، ليس لها ذلك

٦٨٢١ ـ وان اختلفا في موضع النكاح فقالت بالبصرة وقع وهمـا بالكوفة فالقول قول الزوج أنه بالكوفة وكتاب النفقات فكبير وفيه كل فرع عجيب وخلاف كبير ، وقد صنف منفردا في مجـلد للخصاف وغيره من اصحابنا ، وفيما ذكرت هو الذي تدعو الحاجة اليه ، وتقع غالبا ، ولما كانت النفقة تجب بمناسبة الملك كما تجب بمناسبة النكاح وكان العتق يزيـل الملك كما يزيل الطلاق والنكاح ، وقد يعتق على الانسان من يجب عليـه النفقة له ومن لا تجب عليه نفقة ، وجب ان نذكر العتاق وما يتفرع عليه من الكتب •

كتاب العتاق[1]

دليل العتق

٦٨٢٢ ـ الاصل في العتق قوله تعالى :

« فلا أقتحم العقبة ، وما أدراك ما العقبة فك رقبة ، أو اطعام في يوم ذي مسغبة »[2] .

فصــــل

أسباب العتق

٦٨٢٣ ـ والعتق يجب على الانسان بسبب يوجد من جهته ، وسبب لا صنع له فيه ، فما هو سبب يوجد من جهته فهو القتل والحنث في اليمين والعود في الظهار ، وهذه أسباب كلها معاصى لله تعالى في حال دون حال ،

---

(١) جاء في سبل السلام (١٣٨/٤) العتق الحرية ، يقال عتق عتقا بكسر العين وبفتحها فهو عتيق وعاتق . وفي النجم الوهاج العتق أسقاط الملك من الآدمي قربا لله ، وهو مندوب وواجب في الكفارات .

(٢) البلد ٩٠/١١ وقد أقتصر السمناني على ذكر دليل العتــق في القرآن ولم يشر الى الاحاديث الجمة الواردة في العتق على ما يستفاد مــن هذه الاحاديث من حرص الشرع الاسلامي على حماية الرقيق وأيجاب العتق عقوبة على الاساءة اليهم ، ومن جملة ذلك ما جاء في جامع مسانيد الامــام (ج٢ ص ١٦٢ ـ ١٦٣) من ايقاع الرسول العتق على من أساء الى راعية غنم له غفلت عن حراسة شاة فاختلسها الذئب فلطم رب الغنم أمته الراعية ثم ندم على ذلك فذكر ذلك لرسول الله (ص) فعظم النبي (ص) ذلك فقال ضربت وجه مؤمنة !

فقال أنها سوداء لا علم لها .

فارسل اليها رسول الله (ص) وسألها : أين الله ؟ قالت : في السماء، قال : فمن أنا ؟ قالت رسول الله .

قال : أنها مؤمنة فاعتقها .

والحال التي هي معصية اذا تعمد ذلك ، والتي ليست بمعصية اذا لم يتعمد والثاني يجب عليه بالنذر وسائر أنواع النذر طاعة لله تعالى ، أو بقبول عقد فيمن يعتق عليه • والثالث الذي لا صنع له فيه هو عتق ما ورثه ممن يعتق عليه

فصـــــل

ما يعتق عليه

٦٨٢٤ ـ وعندنا يعتق عليه بالميراث والشراء وقبول الهبة كل ذي رحم محرم من جهة النسب ، وقال الشافعي لا يعتق عليه سوى الوالدين وان عَلَيا والمولودين وان سفلوا •

وقال أهل الظاهر ، لايعتق عليه أحد الا من يعتقه بقوله من سـائر العبيد ، ولا فرق بين القريب والبعيد •

فصـــــل

متى يجزي الولد والده

٦٨٢٥ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ، (لايجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه) •

٦٨٢٦ ـ وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال (من أعتق مملوكا أعتق الله بكل عضو يعتقه عضوا منه من النار)[1] •

---

(١) ورد هذا الحديث في سبل السلام (١٣٨/٤) بصيغ اخرى منها: عن أبى هريرة (ر) قال : قال رسول الله (ص) ايما أمرىء مسلم أعتق امرأً مسلما أستنقذ الله بكل عضو منه عضوا من النار • وأنظر أيضا جامع مسانيد الامام (١٦٥/٢) •

فصـــــل

أي الرقاب أفضل

٦٨٢٧ ـ وسئل صلى الله عليه وسلم اى الرقاب أفضل ؟
فقال أغلاها [ثمنا] وانفسها عند أهلها[1] •

فصـــــل

صيغة العتق

٦٨٢٨ ـ ومن قال لعبده ، أنت حر لوجه الله أو لم يقل لوجه الله فقد أعتق العبد •

فصـــــل

٦٨٢٩ ـ ولو قال نصفك حر أو سمى جزءا من أجزائه يكون أقل من النصف أو أكثر فان الفقهاء مختلفون ، قال أبو حنيفة وجماعة معه اذا أعتق النصف عتق نصفه وهو في النصف بالخيار أن شاء اعتقه وان شـاء استسعاه •

٦٨٣٠ ـ وقال أبو يوسف والشافعي ومحمد يعتق كله •

٦٨٣١ ـ وقد روى عن علي وابن عباس رضي الله عنهما انه يعتق منه النصف ويبقى النصف الاخر في الرق وقد ذهب الى ذلك جماعة من الفقهـــاء •

(١) جاء في سبل السلام (١٣٩/٤) «عن أبى ذر» (ر) قال سألت النبي (ص) أي العمل أفضل ؟
قال : ايمان بالله وجهاد في سبيله •
قلت فاى الرقاب أفضل ؟
قال : أغلاها ثمنا وانفسها عند أهلها •
متفق عليــــه •

٦٨٣٢ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا اعتق شقصا في عبد فاعتقه النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس لله شريك •

فصل

إضافة العتق إلى عضو

٦٨٣٣ ـ واذا أضاف العتق الى عضو من العبد أو الامة لايعبر به عن جميع الشخص أو يجوز أن يبقى العبد بعد قطعة وأبانته حيا فانه لايعتق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وهذا كاليد والرجل والشعر •

٦٨٣٤ ـ وقال زفر والشافعي يعتق وهو كعتق الجزء الشائع والمعلوم منه وكذا في الطلاق •

فصل

٦٨٣٥ ـ وقال أصحابنا اذا قال عينك حر عتق لانه يقال هذا عين الرأى وعين الصواب كما يقال عين القوم ورأس العشيرة وعندى فرج وحرم فلان فرج امرأته يريد به الجملة •

فصل

٦٨٣٦ ـ ولو قال لعبد أو أمة ، أنت طالق ونوى العتق ، وقال الشافعي يعتق ، وقد مضت في الطلاق •

فصل

تعليق العتق بمشيئة الله

٦٨٣٧ ـ ولو قال أنت حر ان شاء الله لم يعتق ، وكذلك لو قال ان لم يشأ الله ، وقال مالك اذا قال ان شاء الله عتق لان الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام انه قال ستجدنى ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يكذبه الله •

٦٨٣٨ ـ وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ، والله لاغزون قريشا ثم قال بعد ذلك ان شاء الله ، وتلا قوله تعالى ، ولا تقولن لشيء أني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله ، واذكر ربك اذا نسيت ، وبهذا احتج أبن عباس في جواز استثناء المنقطع •

فصـــــل

٦٨٣٩ ـ ولو قال لعبد له أكبر سنا منه هذا ابني عتق ، وقال أبـــو وسف ومحمد والشافعي لأيعتق ، لان هذا للفظ يتضمن الحرية وثبوت النسب ، ويجوز أن ينفرد بعض ذلك عن الاخر •

فصـــــل

٦٨٤٠ ـ ولو قال لمن هو أصغر منه ، هذا أبنى عتق في قولهم جميعا ولا فرق بينه وبين أن يكون معروف النسب أو لا نسب له معروف أنـــه يعتق وأن كان منسوبا الى غيره •

فصـــــل

أنت حر وعليك ألف درهم

٦٨٤١ ـ ولو قال له أنت حر وعليك الف درهم عتق ولا شيء عليه عند أبي حنيفة ، وقالا يعتق عليه بالالف ، وهو قول الشافعي •

فصـــــل

انت حر بالف

٦٨٤٢ ـ ولو قال بالف وقف العتق على قبول العبد في المجلس ، وقد مضى في الطلاق نظيره •

فصـــل

إعتاق أحد الشريكين نصيبه

٦٨٤٣ ـ ولو أعتق أحد الشريكين فالآخر بالخيار أن شاء أعتق نصيبه، وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه يوم العتق أن كان موسرا ، وان شــاء أستسعى العبد ، فان أعتق أو استسعى فالولاء بينهما نصفان ، واذا ضمن الشريك كان له ان يستسعى العبد فيما أخذ منه ، والولاء له •

٦٨٤٤ ـ وقال أبو يوسف ومحمد اذا كان موسرا أعتق جميعه ووجب الضمان على المعتق ، وهو قول الشافعي واذا كان معسرا فالخيار الى المولى بين العتق والاستسعاء عند أبى حنيفة ، وهو قولهما •

٦٨٤٥ ـ وقال الشافعي لا يستسعى بحال ويعتق منه ما عتق ويبقى الباقي على الرق للاخر ، غير أنه قال لو زنا العبد لم يحد بقدر ما فيه من الحرية فيجب نصف حد العبد ونصف حد الحر ، وهو في الشهادة بمثابة العبد وفي النكاح والطلاق •

فصـــل

أحدكم حر

٦٨٤٦ ـ وان قال لاحد عبديه أحدكما حر وهو لا ينوي أحدا بعينه قيل له اوقع العتق على ايهما شئت وقد عتق واحد منهما بغير عينه[1] •

فصـــل

٦٨٤٧ ـ ومن الفقهاء من قال لا يعتق واحد منهما حتى يعين العتق في واحد لانه عتق في مجهول •

---

(١) هذا معناه ان الفقه الاسلامي يجيز وجود دائن بغير عينـه ، ويلزم المدين بالتعيين في بعض الاحوال •

فصـــل

٦٨٤٨ ـ ولو قتلهما رجل واحد بضربة واحدة فعليه دية وقيمة تؤخذ لكل واحد منهما لان احدهما حر والاخر عبد فيجب دية حر وقيمة عبد •

فصـــل

٦٨٤٩ ـ ولو قتلهما رجلان فعلى كل واحد منهما قيمة ما قتل لا دية حر ، لانه لا يلزمه الضمان بالشك وفي الواحد قد تحققنا انه قتل حرا وعبدا فأسقط الضمان •

فصـــل

٦٨٥٠ ـ ولو باع أحد العبدين او اخرجه من ملكه ومات تعين العتق في الاخر ، لانه لم يبق على ملكه من يقبل الحرية غيره •

٦٨٥١ ـ وقال الشافعي له ان يصرف العتق الى الميت ، وكذلك قوله في طلاق احدى امرأتيه •

فصـــل

٦٨٥٢ ـ ولو كان مكان العبدين امتين فوطىء احداهما لم يتعين العتق في الاخرى عند ابي حنيفة ، لان ملك اليمين لا ينافيه التحريم ويجوز ان يجامعه •

٦٨٥٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يتعين في الاخرى العتق كما لو طلق ووطىء احداهما ، ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان في التعين•

فصـــل

اشترى عبداً بجارية

٦٨٥٤ ـ ومن اشترى عبدا بجارية وجعل الخيار له فاعتقهما معا نفذ عتقه فيهما في قول ابي يوسف ومحمد •

٦٨٥٥ ـ وروى عن ابي حنيفة مثله ، وقد روى عنه انه قال ينفذ عتقه فيما كان من جهته خاصة بناء على ان من شرط الخيار زوال الملك اد الاشياء كلها لله تعالى ، وانما للعبد التصرف فيها باذن الشرع[1] •

فصـــــل

إعتاق المريض عبده

٦٨٥٦ ـ والمريض اذا اعتق عبده في مرضه وعليـــه دين يحيط بجميع ماله ، بعد عتقه سعى العبد في قيمته للغرماء •

٦٨٥٧ ـ وقال الشافعي لا ينفذ العتق ، لان العتق لا يلحقه الفسخ بعد ثبوته فصار كما لو مات •

فصـــــل

٦٨٥٨ ـ ولو قتل العبد في تلك الحالة قاتل وجب عليه القصاص •

فصـــــل

٦٨٥٩ ـ وقال اصحابنا لو اعتق ستة اعبد له في مرضه ولا مال له غيرهم عتق من كل واحد الثلث ، وسعى في ثلثي قيمته •

٦٨٦٠ ـ وقال الشافعي يجزؤن ثلاثة اجزاء ويقرع بينهم فعلى من خرجت القرعة عتق دون الباقي فنقل الحرية من شخص وابطل حقه بعد موته ، ولم يفعل ذلك في الوصايا ولا فى الديون ولا فى الطلاق الذى لم يعينه •

---

(١) وهذا معناه ان الملكية في الفقه الاسلامي لا تعد سلطة مطلقة لشخص على شيء وانما هي حق في التصرف في الشيء المملوك في حدود اذن الشارع بذلك • وان للشارع رسم حدود هـذا الحق بما فيـه مصلحـة المكلفين بالشرع •

فصـــل

تعليق العتق

٦٨٦١ ـ واذا علق عتق عبده بدخول الدار ثم باعـه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عليه ، وقال الشـافعي لا يعتق لان اليمين لا تحل الا بوجود شرطها ، وليس للحالف الرجوع فيها •

فصـــل

عبيدي أحرار

٦٨٦٢ ـ ولو قال رجل عبيدى احرار ولـه عبد مأذون له عبيد ، فان كان عليه دين لم يعتق عبيده ، وان نواهم ، وان لم يكن عليه ديـن عتقوا اذا نواهم عند ابي حنيفة ، وروى عنه انهم يعتقون وان لم ينوهـم ، وهو قول محمد •

٦٨٦٣ ـ وقال ابو يوسف يعتقون مع النية في الفصلين ولا يعتقون مع عدمها فيهما جميعا •

فصـــل

رجوع الشاهدين على العتق

٦٨٦٤ ـ واذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق عبده وهو يجحـد فقضى القاضي بعتقه ثم رجعا غرما قيمة العبد •

٦٨٦٥ ـ خلاف الشافعي لم يضمن لانهما اتلفا عليه الرق فـله قيمته •

فصـــل

شهادة أخوي المولى على العتق

٦٨٦٦ ـ ولو شهد أخوان ان المولى قد كان اعتق العبد قبل ذلك

لم يقبل ذلك عند ابي حنيفة لانه قد سبق عتقه لهذه الشهادة ٠

فصـــــل

التعليق على وزن القيد

٦٨٦٧ ـ واذا قيد الرجل عبده بقيد ثم قال له ، ان كان وزن القيد عشرة ارطال فأنت حر ، ثم قال ان حلك من القيد احد فأنت حر فشـهد اثنان عند القاضي ان القيد عشرة ارطال فأمر بحله فحل ووزن القيد فكان أقل من عشرة ارطال فعلى الشاهدين الضمان عند ابي حنيفة ٠

٦٨٦٨ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لاضمان عليهما لانه عتق وهو يقول هما سبب الحل وبقولهما وقع الحكم ٠

فصـــــل

أحدكما حر

٦٨٦٩ ـ وقالوا في رجل له عبدان واسمهما واحد فقال ، سالم حر او احدكما حر فشهد بذلك شاهدان عند الحاكم لم يقبل ذلك الا ان يكون قال ذلك في مرضه فيجوز في الاستحسان وهذا قول ابي حنيفة ٠

وقال أبو يوسف تقبل الشهادة كحالة المرض ٠

فصـــــل

٦٨٧٠ ـ ولو قالا ، سماه لنا ونسيناه لم تقبل الشهادة عندهم جميعا ، وقال زفر يقبل ذلك ، لانهما شكا في الشهادة ٠

فصـــــل

آخر عبد اشتريته حر

٦٨٧١ ـ ولو قال آخر عبد اشتريته فهو حر تم اشترى عبدا فمات

عن العبد عتق العبد عند الشراء ، فان كان فى حال الصحة عتق من جميع المال ، وان كان مريضـــا عتق من الثلث ، وقال ابو يوسف ومحمد يعتق قبل الموت بلا فصل لانه في تلك الحال يعلم انه آخر (عبد) وكذلك خلافهم في الطلاق اذا قال آخر امرأة اتزوجها •

فصـــــل

٦٨٧٢ ـ ولو قال كل امة اشتراها فهي حرة فاليمين على من فـي ملكه يوم اليمين ، ولا تدخل التى اشتراها بعد ذلك •

٦٨٧٣ ـ وقال زفر تدخل وتعتق •

فصـــــل

التسري[1]

٦٨٧٤ ـ والتسري ان تحيض الامة ويطأها ويقصد الولد منها ، وقال ابو يوسف هي سرية وان لم يقصد الولد ولا طلب لان الاسم يقع على ذلك •

فصـــــل

التعليق على الدخول وعدمه

٦٨٧٥ ـ واذا كان العبد بين شريكين فقال احدهما ، ان دخلت الدار اليوم فأنت حر •

وقال الآخر ان لم تدخل الدار فأنت حر ومضى اليوم ولم يدر ادخل ام لا فأنه يعتق نصف بغير شيء ويسعى للشريكين في نصف قيمته ، سواء كانا موسرين او معسرين عند ابي حنيفة •

(١) سَرَّره سُرية زوجه اياهـا ، ويقـال أيضـا سـرّاه عـلى الابدال (المنجد) •

٦٨٧٦ ـ وقال ابو يوسف ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لهما ، وان كانا معسرين سعى لهما ، وهو قول محمد في الفصلين ، وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للمعسر عند ابى يوسف ، وعند محمد يسعى للموسر في نصف قيمته والولاء بينهما نصفين عند ابى حنيفة.

٦٨٧٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد الولاء موقوف •

لانا تحققنا عتقه وثبت قولنا انه على من يعتق النصف من كل واحد على تنزيل الاحوال ولا سعاية عليه لانه عتق نصف كل واحد منهم حرمه مالكه •

فصل
عتق النصيب

٦٨٧٨ ـ والمريض اذا اعتق نصيبه من العبد المشترك عتق ، ولا ضمان عليه عند ابي حنيفة •

وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليه الضمان •

فصل
حكم العبد الساعي

٦٨٧٩ ـ والعبد مادام يسعى فهو كالمكاتب في شهادته وجنايته وحدوده عند ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد هو كالمديون •

فصل
شهد أن صاحبه أعتق نصيبه

٦٨٨٠ ـ والعبد اذا كان بين اثنين فشهد احدهما على صاحبه انه اعتق نصيبه لم تجز الشهادة للعبد وعليه ان يسعى لهما في قيمته فتكون

بينهما نصفين عند ابي حنيفة •

٦٨٨١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد ان كان المشهود عليه[1] معسرا يسعى الشاهد ، وان كان موسرا لم يسع له ويسعى للمشهود عليه في نصف قيمته في الاحوال كلها •

فصل

عبدان في الدار وثالث في الخارج

٦٨٨٢ ـ رجل له ثلاثة اعبد اثنان في الدار والآخر خارج عنها فقال لمن في الدار احدكما حر فخرج واحد منهما ودخل الخارج فقال احدكما حر ، يعتق من الخارج النصف ومن الثابت في الدار ثلاثة ارباع ومن الداخل النصف عند ابي يوسف وقال محمد يعتق من الداخل الربع ، وفيه يقع الخلاف بينهم •

وان قال ذلك في مرضه قسم الثلث بينهم على هذا السبيل •

فصل

أول من تلدينه حر

٦٨٨٣ ـ ولو قال رجل لامته ، أول ولد تلدينه فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا يعتق الثاني عند ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق •

لانه ليس بأول •

٦٨٨٤ ـ واتفقوا على انه لو قال ذلك وجعل جواب الشرط عتق عبد آخر أو طلاق امرأة له عتق ذلك الولد الاول لان المقصود عتق

(١) كذا في نسخة (و) والصواب على ما يظهر : الشاهد •

المحلوف عليه لا عتق الولد ، وفي المسألة الاولى المقصود عتق من يولد من الاولاد •

فصـــل

عبد وبهيمة

٦٨٨٥ ــ ومن قال لعبده وبهيمة احدكما حر ، عتق العبد عليه عند ابي حنيفة لان البهيمة لا يصح عتقها ، ولو كان معه عبد لغيره فقال له ذلك لم يعتق ، وقالا لا يعتق في الوجهين •

لانه يحتمل ان يقول اردت الآخر بالقول •

فصـــل

يا حر ، يا مولاي

٦٨٨٦ ــ ولو قال لعبده يا ابني او يا بنتي فانه يعتق عند ابي حنيفة، وروى ابن رستم بانه لا يعتق بالتكنى الا في موضعين ، ان يقول ياحر ، يا مولاي ، وهو قول مشهور •

فصـــل

أنت حر على ألف

٦٨٨٧ ــ ولو قال لعبده ، انت حر على الف درهم على ان تؤدي الي كل شهر مائة درهم فانه لا يكون بيعه ، وهو مكاتب في احدى الروايتين ، وقال في الاخرى يجوز بيعه ، وهو مثل قوله ان دخلت الدار •

فصـــل

تعليق العتق على خدمة المعتق

٦٨٨٨ ــ ولو قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل

العبد ذلك عتق في الحال ، فان مات قبل الاربع سنين وترك مالا يؤدى من ذلك الى المولى قيمة نفسه عند ابي حنيفة فى قوله الثانى وهو قول ابي يوسف ، وفى قوله الاول يؤدى قيمة خدمته لما بقى من المدة •

وهو قول محمد •

لان الخدمة هي المستحقة عليه وقد تعذرت فيجب القيمة •

فصـــل

تعليق العتق على دخول الدار

٦٨٨٩ ـ ولو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ودخل الدار وهو فى يد المشتري لم يعتق •

٦٨٩٠ ـ وقال ابن ابي ليلى يعتق •

لانه دخل في حالة لا يملك ايقاع العتق عليه فلا يعتق بالشرط •

فصـــل

عتق مشتري العبد المغصوب المستحق

٦٨٩١ ـ ولو غصب رجل عبدا فباعه ثم ان المشترى له اعتقه ثم قامت البينة لصاحبه بالملك فعتق المشترى جائز عند ابن ابي ليلى وباطل عند فقهائنا •

لانه لم يملك المشترى ، وقد اعتق ملك الغير •

فصـــل

٦٨٩٢ ـ واذا ادعى العبد او الامة على المولى العتق وهو ينكر ذلك ، فأن كان له بينة سمعت وقضى بها ، وان لم تكن له بينة فالقول قول المولى مع يمينه انه ما اعتق العبد ، وفي الامة ما اعتقها فى هذا الملك ،

فأن حلف فهو رقيق ، وان نكل عن اليمين قضى عليه بالعتق وجعل عليه الولاء له •

٦٨٩٣ ـ ولما كان العتق يجوز بغير بدل وببدل ، وكان ذكر مسائل العتق منها ما يكون على عوض نبين خلاف الناس في ذلك •

كتاب المكاتب

وهذا كتاب المكاتب[1]

٦٨٩٤ ـ والكتابة أمر ندب الله تعالى اليها[2] ، لمن طلبها من العبيد بقوله تعالى :

---

(١) جاء في سبل السلام (٤ /١٤٤) ان المكاتب اسم مفعول من الكتابة ، وهو من وقعت عليه الكتابة ، وحقيقة الكتابة تعليق عتق العبد على ادائه مالا او نحوه ، من مالك او نحوه ، وهو على خلاف القياس عند من يقول ان العبد لا يملك •

وفي الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع (٢/٣٣١) •

الكِتابة وهي بكسر الكاف على الاشهر ، لغة الضم والجمع لان فيها ضم نجم الى نجم ، والنجم يطلق على الوقت ايضا الذى يحل فيه مال الكتابة وسميت كتابة للعرف الجارى بكتابه ذلك في كتاب يوافقه ، وشرعا عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين فاكثر ، ولفظها اسلامي لا يعرف في الجاهلية • اهـ

وعلى فرض صحة ان اللفظ اسلامي لم يستعمل في الجاهلية بهذا المعنى ، فان هذا ليس بدليل على ان عتق العبد بعوض منجم كان غير معروف في الجاهلية •

(٢) وذهب الشافعية ايضا الى ان الكتابة مستحبة لا واجبة ان طلبها الرقيق (الاقناع ٢/٣٣١) •

أما اهل الظاهر فلهم في الكتابة رأى جدير بالتقدير والتنويه ، فقد ذهبوا الى ان على السيد حين يدعوه عبده الى المكاتبة ان يستجيب وان ←

« والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) • وقد اختلف العلماء في قوله (ان علمتم فيهم خيرا) فمنهم من قال الخير المال وقال الاخرون الخير الصلاح والدين(٢) •

فصل

صيغة المكاتب

٦٨٩٥ ـ والكتابة ان يقول المولى لعبده ، قد كاتبتك على ألف درهم

السلطان يجبره عليها عند امتناعه اذا كان العبد مسلما او مسلمة (المحلى ٢٢٢/٩) وبذلك مهد اهل الظاهر السبيل في زمانهم لاعلان حق العبيد في الحرية لقاء التزامهم بعوض يدفع على نجوم ويحط منه ، وعبارة ابن حزم في هذا : « من كان له مملوك مسلم او مسلمة فدعا او دعت الى الكتابة ففرض على السيد الاجابة الى ذلك ، ويجبره السلطان على ذلك بما يدرى ان المملوك العبد او الامة يطيقه بما لا حيف فيه على السيد ، لكن مما يكاتب عليه مثلهما ولا يجوز كتابة عبد كافر أصلا » •

وقد استند ابن حزم الى مطلق صيغة الامر في قوله تعالى : « والذين يبغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً ، وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » •

وتتجلى اهمية رأى أهل الظاهر في وجوب الاستجابة الى طلب المكاتبة في كونه يمهد السبيل لالغاء الرق وان قيد ذلك بقيدين فاشترط في طالب المكاتبة من الارقاء أن يكون مسلما وان يكون قادرا على الوفاء بما كاتب عليه والعمل •

(٢) اكتفى السمناني بالاشارة الى دليل المكاتبة من القرآن اما دليلها من الحديث فخبر « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم • رواه ابو داود وغيره » (الاقناع ٣٣١/٢) •

أما دليل الكتابة من العقل فالحاجة الداعية اليها كما اشار الشربيني في الاقناع (ايضا) •

أو مال سماه قل او كثر فتؤديها الى في كذا وكذا نجما ، فاذا أديتهـا عتقت ، وان عجزت عنها فأنت رقيق ويقبل المكاتب ما قال له المولى فاذا قبل فقد صار الآن مكاتبا لا يجوز بيعه الا ان يعجز .

فصـــل

هل يجوز بيع المكاتب؟

٦٨٩٦ ـ واجاز مالك بيع المكاتب ، وهو أحد قولى الشافعي .

فصـــل

٦٨٩٧ ـ ولا يجوز البيع وان رضى المكاتب ، وعن أبي يوســف انه يجوز اذا راضى .

فصـــل

شرط الخيار في الكتابة

٦٨٩٨ ـ ويجوز شرط الخيار للمولى وللعبد في الكتابة .

٦٨٩٩ ـ وقال الشافعي لا يجوز ذلك ، ولا خلاف انه لا يثبت له خيار المجلس .

فصـــل

لزوم الكتابة

٦٨٩٠ ـ والكتابة عقد لازم في حق السيد والعبد جميعا .

٦٨٩١ ـ وقال الشافعي غير لازم في حق العبد[1] .

٦٨٩٢ ـ لانها عقد معاوضة كالبيع والنكاح .

---

(١) الاقناع ٢/٣٣٢ ـ ٣٣٣ .

فصـــل

الحلول والأجل والتنجيم

٦٩٠٩ ـ وتجوز حالة ومؤجله ومنجمه •

٦٩١٠ ـ وقال الشافعي لا تجوز حالة •

٦٩١١ ـ والآية عامة في الحال والمؤجل وقياسا على سائر العقود •

فصـــل

المكاتبة على عين

٦٩١٢ ـ وان كاتبه على عين ففيها روايتان احداهما تصح والاخرى لا تصـــح •

فصـــل

عبارة (إن أديت إلى)

٦٩١٣ ـ وتصح الكتابة وان لم يقل المولى ان اديت الي ، وقال الشافعي لابد من ذلك •

فصـــل

الإيتاء[1]

٦٩١٤ ـ والايتاء غير واجب من مال الكتابة •

٦٩١٥ ـ وقال الشافعي يجب ، واختلف في قدر ما يحط عنه ، فروى عنه الثلث وروى الربع ، ولو كان الايتاء واجبا لوجبت الكتابة ولا

---

(١) الايتاء هو التصدق على المكاتب بمـــا تعهد به لمولاه من مال واصل ذلك قوله تعالى « وآتوهم من مال الله الذى آتاكم ، وفي هذه الاية اشارة خفية الى وجوب تيسير حرية المكاتب ، وان هذا الحط ضرب من الصدقة المؤكدة لما فى الاية من اشارة الى مبنى الامر ، فتأمل •

خلاف انها لا تجب •

٦٩١٦ ـ ولا يجب حط جزء من الاعواض في النكاح والبيع •

فصــــل

كتابة الأمة والصغير

٦٩١٧ ـ والامة والعبد في الكتابة سواء •

٦٩١٨ ـ والصغير الذى يعقل في ذلك سواء ، قال الشافعي لا تصح كتابة الصغير ، لان للمولى ان يأخذ كسبه بلا كتابة فله في ذلك منفعة •

فصــــل

٦٩١٩ ـ وان كاتب عبديه كتابة واحدة صحت وقسم المال على قدر قيمتهم عند اصحابنا جميعا •

٦٩٢٠ ـ وقال الشافعي ذلك باطل •

فصــــل

ضمان المكاتبين مال الكتابة

٦٩٢١ ـ وان ضمن أحدهما وكل واحد منهما مال الكتابة صح الضمان ، ولا يعتق واحد منهما حتى يؤدي الجميع •

٦٩٢٢ ـ وقال الشافعي لا يصح ذلك •

فصــــل

العتق لا يتجزأ

٦٩٢٣ ـ ولا يعتق منه بقدر ما ادى[1] ، وقد روى عن النبي صلى

---

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (٢/١٦٩) :

« ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علي بن ابي طالب (ر) في المكاتب : يعتق منه بقدر ما ادى ويرق بقدر ما عجز • اخرجه الامام محمد ابن الحس في الاثار فرواه عن الامام ابي حنيفة (ر) •

الله عليه وسلم انه قال : (المكاتب عبد ما بقى عليه درهم)[1] •

فصـــــل

٦٩٢٤ ـ ولو اقر بالجناية والغصب يؤخذ مما في يده ومن كسبه •

فصـــــل

٦٩٢٥ ـ وان عجز رد في الرق ، واخذ منه بعد العتق •

٦٩٢٦ ـ وقال الشافعي ، يؤخذ الجميع بعد العتق •

فصـــــل

شهادة المكاتب وجنايته إلخ . . .

٦٩٢٧ ـ وهو كالعبد فى الشهادة والحدود والجناية عليه وله •

٦٩٢٨ ـ وتصلى المكاتبة مكشوفة الرأس كالامة •

---

(١) في سبل السلام (٤/١٤٥) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي (ص) قال : المكاتب عبد ما بقى عليه من مكاتبته درهم، أخرجه أبو داود باسناد حسن، وأصله عند أحمد والثلاثة وصححه الحاكم• وروى من طرق كلها لا تخلو من مقال • قال الشافعي في حديث عمرو بن شعيب : لا أعلم احدا روى هذا الا عمرو بن شعيب ، ولم أر من رضيت من أهل العلم يثبته ، وعلى هذا فتيا المفتين ، والحديث دليل على ان المكاتب اذا لم يف بما كوتب عليه فهو عبد له احكام المماليك ، والى هذا ذهب الجمهور والهادوية والحنفية والشافعي ومالك ، وفي المسألة خلاف ••• وقول الجمهور دليله الحديث ، وان كان ما خلت طرقه عن قادح الا انه ايدته آثار سلفية عن الصحابة ، ولانه أخذ بالاحتياط في حق السيد ، فلا يزول ملكه الا بما قد رضى به من تسليم ما عنده عبده ، فالاقرب كلام الجمهور • اهـ

وانظر ايضا رواية هذا الحديث في جامع مسانيد الامام ٢/١٦٩ وفيه « ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن زيد بن ثابت (ر) كان يقول : يقول : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » •

فصـــل

وطء المكاتبة

٦٩٢٩ ـ وان وطأها المولى وجب عليه المهر وقال بعض الفقهـــاء لا مهر عليه وله ان يطأها كما يطأ ام الولد والمدبرة •

فصـــل

ليس للسيد التصرف في المكاتب

٦٩٣٠ ـ واتفقو على انه ليس ان يؤجره ولا يزوجها ولا يأخذ مما في يدهما من شيء سوى الضريبة[1] •

فصـــل

توقف الملك

٦٩٣١ ـ والملك موقوف بينهما وبين المولى في جميع ما بيدهما •

فصـــل

ولد المكاتبة

٦٩٣٢ ـ وان ولدت المكاتبة ولدا دخل معها في الكتابة ، فان اشترت ذوى ارحامها فليس له بيعهم ولا التصرف فيهم عند ابي يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لهما بيع ما سوى الوالدين والولد •

فصـــل

موت المكاتب عن وفاء بمال الكتابة

٦٩٣٣ ـ وان مات المكاتب وترك وفاء بمال الكتابة فانه يؤدى ذلك

---

(١) المقصود بالضريبة ههنا العوض المتفق عليه في عهد المكاتبة •

عنه ويعتق في آخر جزء من اجزاء حياته • ويكون ما فضل بعد ذلك لورثته لا لمولاه •

٦٩٣٤ ـ وقال الشافعي ، يموت على الرق ويأخذ الولى ذلك كله كما يأخذه بعد العجز •

٦٩٣٥ ـ وقد روى عن ابن مسعود انه اذا أدى قدر قيمته في حال الحياة لم يبطل العتق وان لم يوف الضريبة •

فصل

شرط أن لا يسافر

٦٩٣٦ ـ ولو شرط على المسافر ان لا يسافر عن المصر فالقياس ان تبطل الكتابة ، والاستحسان ان يبطل الشرط ، وله ان يخرج ، لانه يتصرف فيما يعود بربح المال •

فصل

تصرف المكاتب

٦٩٣٧ ـ وله ان يبيع بالنقد والنسيئة ويؤجر نفسه وعبده وامته •

فصل

إذن السيد في الزواج

٦٩٣٨ ـ ولا يتزوج ولا تزوج المكاتبة الا بأذن السيد •

فصل

٦٩٣٩ ـ وله ان يزوج الاماء وليس له ذلك في العبيد •

فصل

الولاء لمن؟

٦٩٤٠ ـ وله ان يكاتب عبده فان ادى عتق وكان الولاء موقوفا

على اداء الاصل ، فان عتق كان الولاء له وان عجز فالولاء لمولاه عندنا .

فصـــل

هبة المكاتب وضمانه

٦٩٤١ ـ وليس له ان يهب من المال شيئا ولا يضمن ولا يتبرع وان اذن له مولاه ، وللشافعي في تبرعات المكاتب قولان ، وكذلك في ضمـانه وكفالته .

فصـــل

الإبراء بالتعجيل

٦٩٤٣ ـ ولو قال المولى له ، اذا عجلت مال الكتابة كذا فانت بريء مما بقى فعجل ذلك بريء من الباقي وعتق .

فصـــل

إبراء المكاتب

٦٩٤٣ ـ وان ابرأه من مال الكتابة صحت البراءة وعتـق وتبعـه سائر اولاده واكسابه .

فصـــل

موت المكاتب عن ولد

٦٩٤٤ ـ وان مات المكاتب وترك ولدا فانه يسعى في نجوم الكتابة فان ادى عتق وان عجز رد في الرق اذا ولد في الكتابة ، وان كان اشتراه قيل له اما ان تؤدي في الحال او ترجع في الرق عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هذا والاول سواء ولا فرق بين الجميع عندهما .

فصـــل

إبراء بعض الورثة

٦٩٤٥ ـ واذا ابرأ بعض الورثة من نصيبه فالبراءة باطلة وان ابراء

جميعهم فالبراءة صحيحة ويكون الولاء للميت لا لهم •

٦٩٤٦ ـ وقال بعض الفقهاء انه لا تصح براءتهم لان شرط عتقه الاداء ولم يحصل ذلك •

فصل

مكاتبة نصف العبد

٦٩٥٠ ـ ويجوز ان يكاتب نصف العبد كما يجوز ان يبيعه ، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يصير مكاتبا كما قالوا في العتق •

فصل

مكاتبة النصيب

٦٩٥١ ـ واحد الشريكين اذا كاتب نصيبه فللذى لم يكاتب ان يفسخ الكتابة ، وان لم يفعل حتى ادى الضريبة عتق وصار كقن بين اثنين اعتقه احدهما ، والمولى بالخيار ان شاء استسعى وان شاء اعتقه ، ويرجع الذى لم يكاتب بنصف ما اخذ الذى كاتب لانه قبض كسب مشترك ›› واذا اخذه المولى منه عاد على المكاتب بذلك ان كان كاتبه نصيبه وان كان كاتبه كله لم يرجع عند ابي حنيفة •

٦٩٥٢ ـ وقال ابو يوسف يرجع في الحالين •

٦٩٥٣ ـ وقال ابن ابي ليلى لا يرجع الحالين ، ولا يرجع [على] المولى الذى كاتب في شيء مما قبض[1] •

فصل

المكاتبة على وصف

٦٩٥٤ ـ واذا كاتب على وصف او ثوب هروى صحت الكتابة وله

---

(١) في هذه المسئلة تطبيقات متعددة لمبدأ الكسب دون سبب •

الوسط من ذلك كما قلنا في النكاح •

٦٩٥٥ ـ وقال الشافعي الكتابة باطلة في قولهم جميعا لانه مجهول القدر والصفة •

فصل

شرط الخدمة بعد اداء المال

٦٩٥٦ ـ ولو شرط على المكاتب ان يخدمه بعد اداء المال سنة جاز ذلك وتجب عليه الخدمة بعد اداء المال •

فصل

عجز المكاتب

٦٩٥٧ ـ واذا عجز المكاتب نفسه ولم يؤد روى عن علي رضي الله عنه انه قال : اذا توالى عليه نجمان ولم يؤد رد في الرق •

٦٩٥٨ ـ وهو قول ابي يوسف •

٦٩٥٩ ـ وقال ابو حنيفة ومحمد اذا عجز من نجم واحد احضره القاضي وطالبه فان كان له مال حاضر او غائب يرجى وصوله في مدة ثلاثة أيام ضرب له تلك المدة والا حكم بعجزه ورده الى الرق[1] •

فصل

٦٩٦٠ ـ ويطيب للمولى ما كان اخذه من المكاتب[2] بعد العجز كما يطيب له بعد الاداء ، ولا خلاف في ذلك •

فصل

اختلاف المولى والمكاتب

٦٩٦١ ـ واذا اختلف المولى والمكاتب في قدر مال الكتابة فالقول

---

(١) من تطبيقات مبدأ الفسخ فى العقود •

(٢) في نسخة المعهد « ما كان تصدق به على المكاتب » •

قول المولى في قدر المال •

٦٩٦٢ ـ وقول آخر ان القول قول المكاتب وهو قول ابى حنيفة الآخر اذا ادعى صح ، ولو انكره تجوز الكتابة عليه كالخلع ولا يتحالفان•

٦٩٦٣ ـ وقال الشافعي يتحالفان فى الجميع كما فى البيع وهـــو قولهما وقول الاول ، وقد قدمنا القول في ذلك في البيوع •

فصــــل

تقديم بينة المولى

٦٩٦٤ ـ فان اقاما بينة فالبينة بينة المولى لانها تثبت الزيادة ، والوجه الذى قبلنا فيه البينة غير الوجه الذى حلف عليه •

فصــــل

الكتابة الفاسدة

٦٩٦٥ ـ وفي الكتابة الفاسدة اذا ادى المكاتب البدل الى الورثـة عتق وكان عليه قيمة نفسه •

٦٩٦٦ ـ وقال الشافعي لا يعتق •

فصــــل

المكاتبة على خمر أو خنزير

٦٩٦٧ ـ ولو كاتبه على خمر او خنزير فأدى ذلك عتق وكان عليه قيمة نفسه ، وهذا لا خلاف فيه ان الكتابة الفاسدة يعتق فيها العبد وهـــي حجة لاصحابنا فى البيع الفاسد اذا اتصل به القبض ان المشترى يملكه •

٦٩٦٨ ـ وفي المكاتب مسائل كثيرة وهو فى الاصل محله ، وقـد ذكرت اصوله وبعض فروعه ، وقل ان يقع اليوم فيه كتاب او يحتـــاج فيه الى فتوى •

واذا قد ذكرنا حكم العتق المعجل وحكمه اذا كان على عوض وبقى ان يذكر حكم العتق بعد الموت ما حكمه وهو التدبير •

كتاب التدبير

وهذا كتاب التدبير[1]

فصـــــل

تعريف التدبير

٦٩٦٩ ـ اتفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لعبده أنت حر بعد موتي أو دبرتك ، أو اذا مت فأنت حر ، ان العبد مدبر[2] يعتق بعد الموت ، فان كان له مال عتق من ثلث المال ، وان لم يكن له مال عتق منه الثلث وسعى في ثلثي قيمته عند اصحابنا •

فصـــــل

عدم التصرف بالمدبر

٦٩٧٠ ـ وقالو لا يجوز بيع هذا المدبر ولا هبته ولا التصدق بـه •

٦٩٧١ ـ وقال مالك يجوز بيع المدبر في الدين فى الحياة وبعـد الوفـــاة •

---

(١) جاء في لسان العرب فى مادة (دبر) التدبير ان يتدبر الرجل امره ويدبره اى ينظر في عواقبه والتدبير ان يعتق الرجل عبده عن دبر ، وهو ان يعتق بعد موته فيقول : انت حر بعد موتى ، وهو مدبر •

وفى الاقناع (٣٢٨/٢) « التدبير لغــة النظـر في عواقب الامور ، وشرعا تعليق عتقه بالموت الذى هو دبر الحياة ، فهو تعليق عتق بصفــة لا وصية ، ولهذا لا يفتقر الى اعتاقه بعد الموت ، ولفظه مأخوذ من الدبـر لان الموت دبر الحياة ، وكان معروفا فى الجاهلية فأقره الشرع •

(٢) في سبل السلام (٤ ١٤٤) «المدبر اسم مفعول ، وهو الرقيق الذى علق عتقه بموت مالكه ، سمى بذلك لان مالكه دبر دنياه وآخرته ، أما دنياه فاستمرار انتفاعه بخدمة عبده ، واما آخـرته فتحصيل ثواب العتق •

٦٩٧٢ ــ وقال الشافعي يجوز له بيعه في حال الحياة ولا يجوز للورثة بيعه بعد الموت في أحد قوليه[١] .

٦٩٧٣ ــ وقد روى ابن عمر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم (ان المدبر لا يباع ولا يوهب ، ويعتق من ثلث المال)[٢] .

ولا نه يعتق بالموت كأم الولد ، وكان القياس عندهم يقتضي ان يجوز بيعه ، وهو قول بشر .

فصل

٦٩٧٤ ــ وقد قال اصحابنا ان التدبير لا يمنع البيع ، وهو ان يقول اذا مت من مرضى هذا او سفرى هذا فأنت حر ، فهذا تدبير لا يمنع البيع عندهم وعليه حملوا خبر جابر (رحمه الله) ان النبي صلى الله عليه

وفي بداية المجتهد (٢ / ٣٢١) أجمع المسلمون على جواز التدبير ، وهو ان يقول السيد لعبده : انت حر عن دبر منى او يطلق فيقول انت مدبر ، وهذان هما عندهم لفظا التدبير ، باتفاق وانظر القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٨١ .

(١) الاقناع للشربيني ٢/٣٢٩ .

(٢) في بداية المجتهد (٢/٣٢٣) « قال مالك وابو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة : ليس للسيد ان يبيع مدبره . وفي موطأ مالك رواية محمد بن الحسن الشيباني (ص ٣٠٠) اما نحن فلا نرى ان يباع المدبر ، وهو قول زيد بن ثابت وعبدالله بن عمر ، وبه نأخذ ، وهو قول ابي حنيفة ، والعامة من فقهائنا » . (وانظر نيل الاوطار ح ٦ ص ١٠١ــ١٠٢) وفيه « ان المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث » .

وسلم باع غلاما اعتقه مولاه عن دبر منه بثمنمائة درهم في دين عليه[1] •

فصـــــل

تدبير عبد لشريكين

٦٩٧٥ ولو كان العبد لشريكين فقالا اذا متنا فأنت حر ، فهذا ليس تدبير ، ويجوز لهما بيعه ، فان مات احدهما صار مدبرا من الاخر لانه يعتق عليه بموته ، والاول لا يعتق بموت احدهما وانما يعتق بموتهما •

ويصير حينئذ كعبد بين رجلين دبره احدهما فان شريكه بالخيار ان شاء اعتق ، وان شاء دبره وان شاء استسعاه وان شاء ضمن الشـــريك ما بين قيمته مدبرا الى غير مدبر •

وعند ابي يوسف ومحمد يصير كله مدبرا من جهـة الذى دبـره ويلزمه الضمان لصاحبه موسرا كان او معسرا ، فرقا بينه وبين العتـق في هذا الموت •

فصـــــل

جناية المدبر

٦٩٧٦ ـ وجناية المدبر مضمونة على السيد بقيمة المدبر ، وان جنى اخرى شارك الاول فيما اخذ من المولى ، وفي الجناية الثالثة كذلك ابدا •

فصـــــل

ولد المدبرة

٦٩٧٧ ـ واذا ولدت المدبرة ولدا فهو مدبر مثلها وحكمه حكمها في سائر ما ذكرناه •

---

(١) جاء في الالمام لابن دقيق العيد (ص ٣٨٧) عن جابر قال : اعتق رجل من الانصار غلاما له عن دبر ، وكان محتاجا ، وكان عليه دين ، فباعه (الرســـــول) بثمان مائة درهم فاعطـــاه اياها ، وقال : اقض دينك • اهـ •

فصـــل

تدبير العبد المشترك

٦٩٧٨ ـ واذا قال كل واحد من الشريكين فى العبد دبرت نصيبي منه ، او انت حر بعد موتي وخرج القولان منهما جميعا معا فهو مدبر منهما جميعا لا يباع ولا يوهب •

فصـــل

ثبوت نسب من ادعاه مدبر أو مكاتب

٦٩٧٩ ـ ولو ادعى المدبر او المكاتب نسب ولد وصدقه المولى فى ذلك ثبت النسب ، وهل يفتقر في العبد الى تصديق المولى ؟ فيه روايتان احداهما يفتقر الى ذلك والثانية لا يفتقر •

فصـــل

٦٩٨٠ ـ والمكاتبة اذا ولدت من المولى ان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد وان شاءت أدت وعتقت •

واذا قد ذكرنا طرفا من التدبير فوجب ان نذكر من الاستيلاد طرفا •

كتاب أمهات الأولاد

وهذا كتاب أمهات الأولاد

الآثار الواردة

٦٩٨١ - روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ، لمارية رضى الله عنها ، اعتقها ولدها[١] ، ونادى عمر بن الخطاب رضى الله عنه على المنبر •

(الا ان بيع امهات الاولاد حرام)[٢] والصحابة رضى الله عنهم

---

(١) الالمام لابن دقيق العيد (ص ٣٨٨) وثمة خبر آخر تبنى عليه أحكام أمهات الاولاد لم يذكره السمناني وقد اشار اليه الشربيني في الاقناع (٢/٣٣٥) بقوله « والاصل في ذلك خبر : ايما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه • رواه ابن ماجة والحاكم وصحح اسناده ، وخبر الصحيحين عن أبي موسى ، قلنا يا رسول الله انا نأتى السبايا ونحب اثمانهن فما ترى في العزل ؟

فقال ما عليكم ان لا تفعلوا ، ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهي كائنة •

ففي قولهم (ونحب اثمانهن) دليل على أن بيعهن بالاستيلاد ممتنع، واشتهد لذلك البيهقي بقول عائشة (ر) : لم يترك رسول الله دينارا ولا درهما ولا عبدا ولا امة ، قال فيه دلالة على انه لم يترك ام ابراهيم رقيقة، وأنها اعتقت بموته • اهـ

(٢) جاء في نيل الاوطار (ج ٦ ص ١٠٩ ـ ١١٠) :

عن عطاء عن جابر قال : بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله(ص) وابي بكر (ر) فلما كان عمر نهانا فانتهينا •

وعن ابن عمر عن النبي (ص) انه نهى عن بيع امهات الاولاد ، وقال: لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن ، يستمتع بها السيد ما دام حيا ، واذا مات فهي حرة •

رواه الدارقطني ، ورواه مالك في الموطأ ، والدارقطني من طريق آخر عن ابن عمر عن عمر من قوله • وهو اصح •

وانظر أيضا ص ٢٨٢ من موطأ مالك ط ٢ تعليق وتحقيق عبدالوهاب عبداللطيف) •

تسمعه فلم ينكر عليه .

قال اصحابنا لا يجوز بيع ام ولد ولدت في ملكه عندنا وعند الشافعي ومالك وعامة الصحابة والفقهاء رضى الله عنهم ، وقد روى عن علي رضى الله عنه انه قال كان رأيي ورأى عمر ان لا يبعن ثم رأيت ارقاقهن ، فقال له عبيدة السلماني[1] ، رأيك في الجماعة احب الينا من رأيك في الفرقة .

فصل

ما يمنع على المستولد

٦٩٨٢ ـ ويجوز للمولى عتقها ولا يجوز رهنها ولا التصدق بها ، ويجوز له ان يؤجرها .

٦٩٨٣ ـ وقال اصحاب الشافعي ، في اجارتها ورهنها وجهان .

فصل

حكم من تلدهم بعد الاستيلاء

٦٩٨٤ ـ وما ولدت بعد الولد من سيدها فحكمه حكم ولدها لا يباع ولا يتصرف فيه ، ولا يلحق بالمولى الا بالدعوة .

٦٩٨٥ ـ وقال زفر يلحق به من غير دعوة ، وهو قول مالك والشافعي .

فصل

استيلاء جارية إبنه

٦٩٨٦ ـ واذا استولد جارية ابنه صارت ام ولد ويلزمه ضمان القيمة .

فصل

إستيلاء أمة الغير

٦٩٨٨ ـ ولو تزوج امة الغير فاولدها ، ثم اشتراها فقد صارت ام

---

(١) لعل المقصود « عبيد بن خالد السلمى ثم البهزى فقد سكن الكوفة وشهد صفين مع علي ويقال له ايضا عبدة وعبيدة (أسد الغابة ، ج ٣ ص ٣٤٨) .

ولد ولا يجوز بيعها •

٦٩٨٩ ـ وقال الشافعي له البيع ولا تكون ام ولد الا في ملكه •

فصـــل

إعتاق أم الولد من جميع المال

٦٩٩٠ ـ وتعتق من جميع المال ولا تسعى في دين ان كان علـى السـيد •

فصـــل

هل تضمن أم الولد بالغصب

٦٩٩١ ـ ولا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة وقالا تضمن •

وان كانت بين رجلين فاعتقها احدهما لم يضمن عند ابي حنيفة ، ويضمن عندهما ، وفي المدبر يضمن في الغصب والعتق •

فصـــل

تزويج أم الولد

٦٩٩٢ ـ ويجوز ان يزوجها وان كرهت ، وقال الشافعي لا يجوز له ذلك •

فصـــل

حكم أم الولد

٦٩٩٣ ـ وام الولد ليست بمال عند ابي حنيفة وقال ابو يوسـف ومحمد هي مال ولا ترث سيدها ، وان مات ولدها قبل سيدها لم ترثـه ولا يجوز عتقها في كفارة

فصـــل

اختلافهما في نسب الولد

٦٩٩٤ ـ واذا ادعت امة على مولاها انه استولدها هذا الولد الحاضر

وانكر المولى ذلك ، فان اقامت بينة على اقراره بولد منها فهي ام ولد ، والولد منهما جميعا ، وان لم تكن بينة فأبو حنيفة قال لا يمين على أحدهما ، وهذه احدى المسائل الست ، فان نكل عندهما قضى بنكوله وصارت أم ولد ، ولا يكون الولد منهما مالم يصدقها ان كان كبيرا •

فصـــل

ابن الأمة بين شريكين فأكثر

٦٩٩٥ ـ واذا جاءت الامة بولد وهي بين شريكين فأدعياه جميعا فهو ابنهما يرثهما ، ويرثانه ، وهو للباقي منهما ، وهذا قول أبي حنيفة • ولا يكون ابنا لما زاد على ذلك •

٦٩٩٦ ـ وقال أبو يوسف يكون ابنا لهما كما قال أبو حنيفة •

٦٩٩٧ ـ ومنهم من اثبته من ثلاثة ومنع مازاد •

٦٩٩٨ ـ وقد روى عن الحسن انه روى انه يكون ابنهم ولو كانو مائة •

٦٩٩٩ ـ وقال الشافعي القول للقافة فيلحقونه بمن اشبه به •

٧٠٠٠ ـ ومنع اصحابنا ان يكون القائف قوله مقبولا في الدين بلا طريق يرجع اليه •

فصـــل

ادعاه أحدهما

٧٠٠١ ـ وان ادعاه احدهما ثبت النسب منه وضمن لشريكه نصف قيمة الام ونصف العقر لانه أقر بوطء ملك الغير ، ولاحدّ عليه •

فصـــل

العبرة بقول مدعيه في القيمة

٧٠٠٢ ـ ويعتبر قوله في القيمة يوم ادعى الولد ، ولا ضمان عليه

في الولد لانه دعوة استيلاد فيما يبطل به حق الغير •

فصـــــل

اختلافهما في قيمة الأمة

٧٠٠٣ ـ وان اختلفا فى قيمة الامة ولا بينة فمن اصحابنا من قال القول قول الغارم ، ومنهم من قال القول قول الغارم فى كل موضع يقوم•

٧٠٠٤ ـ وقال أصحاب الشافعي، هذا مبني على الاقوال في غرم المعتق ومتى يعتق وقول من يقبل ، ولهم فى ذلك تفصيل طويل واختلاف كبير، كما ان لهم فى كيفية القرعة في العبيد اذا وقع العتق فى المرض ، وهم متفاضلون فى القيمة واذا جزؤا ثلاثة اجزاء فأما ان تتفق القيمة او تختلف أو يكون واحد قيمته أكثر من الجماعة أو مثلهم أو مثل اثنين أو ثلاثة أو اربعة منهم ، وكل فروعهم فى ذلك مضطرب لانها لا توجد فيما رووا من خبر القرعة ولا يتضمن ذكر قيمة ولا عدد ولا تجزىء ، ولهذا لم يستو تفريعهم على ذلك •

فصـــــل

ثبوت إستيلاد الذمي

٧٠٠٥ ـ ويثبت من الذمي كما يثبت من المسلم لانهما فى العتـــق يستويان •

فصـــــل

٧٠٠٦ ـ واذا اسلمت ام ولد النصراني فقد زال ملكه عنها ولاضمان عليهما عندنا •

فصـــــل

٧٠٠٧ ـ ومسائل الاستيلاد كثيرة وفيها فروع صعبة منها أنه لو جاءت

امة لرجل بثلاثة أولاد فى بطون شتى فنظر اليهم ثم قال أحدهم ولدى ولم يبين ذلك فالجارية ام ولد بالاتفاق ولا يثبت نسب واحد من الاولاد باتفاق علمائنا الثلاثة ويعتق من الجميع الثلث من كل واحد عنه عند ابي حنيفة ، وهو كعتاق فوقع عليهم •

٧٠٠٨ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يعتق من الاكبر الثلث ومن الاوسط النصف ومن الاصغر كله •

٧٠٠٩ ـ وروى عن ابي يوسف انه يعتق من الاكبر النصف ايضا•

٧٠١٠ ـ وهو باب كثير الفروع وقل ان يقع فلا معنى لذكر مسائله، وانما اعتمدنا فى هذا الكتاب الاصول وما يكاد يقع وتدعو الحاجة اليه ، ولما كان الانسان تارة يحلف بالله وأخرى بالطلاق وثالثة بالعتاق وكان لكل يمين حكم ولكل باب جواب وجب ان نذكر من الايمان ما يعرف به الحكم في الابواب المذكورة ونقدمه على الولاء كما أخرناه عن هذه الكتب •

كتاب الإيمان

وهذا كتاب الإيمان(١)

٧٠١١ ـ اعلم ان اليمين قد يتعلق بها طلاق او عتاق او كفارة أو بإثم مخصوص ، أو لا يتعلق بها شيء من ذلك والقاضي يجب ان يعرف اليمين التي تكفر ، بالكفارة فيها(٢) ومواضع الحنث ليحكم في ذلك بما يجب الحكم ويفتي بما يجب الفتوى به •

٧٠١٢ ـ واليمين معمول بها في سائر الشرائع وكل مقر بالصانع يخاف دركها ويرجو ثوابها •

أنواع الإيمان

٧٠١٣ ـ وقد قال محمد بن الحسن في الاصل ان الايمان ثلاث •

١ ـ يمين تُكفر

٢ ـ يمين لا تكفر

٣ ـ ويمين نرجو ان لا يؤخذ الله بها •

اليمين التي تكفر

٧٠١٤ ـ فاليمين التي تكفر هي اليمين التي يتصور فيها(٣) البر

---

(١) الايمان جمع يمين ، واليمين يمين الانسان وغيره نقيض اليسار ، واليمين الحلف والقسم ، انثى والجمع أيمن وأيمان (لسان العرب وفي مختارات النوازل : اليمين في اللغة عبارة عن القوة وفي الشريعة عبارة عن عقد ورد على الخبر في المستقبل) • وفيها « وانما يُسَنّ الحلف يمينا لانهم كانوا اذا تحالوا تصافحوا بالايمان تأكيدا لما عقدوا » وفيها ان « اليمين ايجاب فعل مباح أو تحريمه على نفسه ، مقرونا بذكر الله تعالى بحرف القسم ، والمقصود منه البر واليمين يحمله عليه ويمنعه عن الفعل» •

(٢) في نسخة تونس : ومالاكفارة فيه •

(٣) في نسخة تونس : يقع فيها •

والحنث وهى المنعقدة ، وذلك ما كان على المستقبل دون الماضى •

٧٠١٥ ـ وهذا مما لا اختلاف فيه[١] بين العلماء ان الكفارة تثبت بالحنث[٢] •

فصـــل

اليمين الغموس[٣]

٧٠١٦ ـ واليمين التى لا تكفر هى اليمين الغموس التى هى غير منعقدة بأن يحلف انه ما فعل كذا وهو فعله ، وقد فعل كذا ، وما فعله ولا كفارة فيها عندنا الا التوبة والاستغفار[٤] •

---

(١) في نسخة تونس : وهذا فصل لا خلاف فيه •

(٢) في نسخة تونس : تجب بالحنث فيه •

(٣) في لسان العرب: الغمس ارساب الشيء في الشيء السيال والامر الغموس الشديد واليمين الغموس التى تغمس صاحبها في الاثم ثم في النار ، وهي لا استثناء فيها ، وقيل هي اليمين الكاذبة التى تقطع بها الحقوق ، وسميت غموسا لغمسها صاحبها في الاثم ثم في النار ، وقال ابن مسعود : أعظم الكباير اليمين الغموس ، وهو أن يحلف الرجل وهو يعلم انه كاذب ليقطتع بها مال أخيه •

وفي الحديث « اليمين الغموس تذر الديار بلاقع » •
هي اليمين الكاذبة الفاجرة •
وفعول للمبالغة •
والغموس الشديد من الرجال الشجاع ، وكذلك المغامس •

(٤) وسند هذا القول ما رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيـــم انه قال : اليمين يمينان : يمين تكفر ويمين فيها الاستغفار ، فاليمين التى تكفر فالرجل يقول والله لافعلن ، والتى فيها الاستغفار فالذى يقول : والله لقد فعلت • اخرجه الامام محمد بن الحسن في الاثار فرده عن الامام ابي حنيفة (ر) • (جامع مسانيد الامام ٢/٢٦٥) •

٧٠١٧ ـ وقال الشافعي تجب فيها الكفار كما تجب في اليمين التى يحنث فيها وهى منعقدة ٠

٧٠١٨ ـ والاصل عندنا ان الكفارة لا يجوز اثباتها الا من طـريق التوقيف أو الاتفاق ٠

٧٠١٩ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (اليمين الفاجرة تدع البلاد بلاقع)[١] ٠

ولانها لا يتوقع فيها الحنث والبر فهى كاللغو ٠

فصـــل

اليمين اللغو

٧٠٢٠ ـ اليمين التي يرجى ان لا يؤاخذ الله بها هي اللغو ، وهـي ان يحلف الانسان على شيء وهو يعتقد انه كما حلف وهى قول الرجل لا والله وبلى والله ، هكذا روى عن عائشة رضى الله عنهـا وغيرها مـن الصحـابة[٢] انهم قالـوا ذلك ، وقـد قال الله تعـالى (لا يؤاخـذكم الله

---

(١) سبق ذكـره في الهامش الانف الذكر ٠ وقد ورد في لسـان العرب بالفاظ أخرى ٠ وفي جامع مسانيد الامام (٢/٢٥٥) أبو حنيفة عن ناصح بن عبيدالله ويقال بن عجلان عن يحيى بن ابي كثير عن ابي سلمة عن ابي هريرة (ر) قال : قال رسول الله (ص) : ليس فيمـا عصى الله تعالى به أعجل عقابا من البغي ، وليس فيما أطيع الله تعالى فيه شيء أسرع ثوابا من آهله ، واليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع » ٠

(٢) ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عائشة ام المؤمنين (ر) انها قالت في اللغو : هو كل شيء يصل به الرجل كلامه لا يريد يمينا : لا والله ، وبلى والله ، ومالا يعقد عليه قلبه ٠

اخرجه الامام محمد بن الحسن في الاثار فرواه عن الامام ابي حنيفة٠ ثم قال محمد وبه نأخذ ٠

←

باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان)[1] ثم قال : (فكفارته اطعام عشرة مساكين) الآية • فقسم ذلك قسمين احدهما تجب به الكفارة والاخر لا تجب •

فصـــــل

اليمين المجمع عليها

٧٠٢١ ـ واليمين المجمع عليها ما كانت باسم الله تعالى او بصفة من صفاته ، وما عدا ذلك فمختلف فيه نحو ، اقسم واشـهد واحلف وأنا يهودى أو برىء من الاسلام •

فقال اصحابنا هى ايمان ، وقال الشافعي وزفر ليست بايمان وكذلك فى حق الله •

قال أبو حنيفة ما افترضه على عباده تعالى ، وقال غيره من اصحابنا هى يمين وكذلك عهد الله •

٧٠٢٢ ـ وقـد روى عـن النبي صـلى الله عليه وسلم انه قال : (لا تحلفوا بآبائكم ولا بامهاتكم ، ومن كان حالفا فليحلف بالله تعـالى أو ليدع)[2] •

←

ومن اللغو ايضا : الرجل يحلف على الشيء يرى انه ما حلف عليه ، فيكون على غير ذلك ، فهو ايضا من اللغو ، وهو قول ابي حنيفة (ر) (جامع مسانيد الامام ٢/٢٦٧ ـ ٢٦٨) •

(١) البقرة (٢/٢٢٥) •

(٢) في سبل السلام (٤/١٠١) عن ابن عمر (ر) عن رسول الله (ص) انه ادرك عمر بن الخطاب في ركب ، وعمر يحلف بأبيه ، فناداهـم رسول الله (ص) : ألا ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت ، متفق عليه •

فصـــل

لا كفارة بالحلف بغير الله

٧٠٢٣ ـ واجمعوا على ان الحلف بغير الله تعالى لا تجب به كفـارة كالحلف بالنبي صلى الله عليه وسلم وبالبيت وبالقبر وبزمزم وبالصفـــا وبسائر بقاع المناسك انها ايمان بغير الله تعالى •

فصـــل

٧٠٢٤ ـ وكذلك ان قال : آكل الميتة او اشرب الدم او آكل الخنزير فليس هذه بايمان ولا كفارة فيها •

فصـــل

٧٠٢٥ ـ وان قال عَلَيّ كفارة يمين او بنحو كذا او عبدى ابي او امي •

فصـــل

٧٠٢٦ ـ وقد اختلف في ذلك فقال اصحابنا يجب بنحر ولـــده شاة وبنحر نفسه وابيه خلاف •

٧٠٢٧ ـ وقال الشافعي كل هذا لا يجب به شيء ، وهو قول زفر •

فصـــل

٧٠٢٨ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « من حلف على يمين فرأى غيرهـا خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه »[1] •

---

(١) في سبل السلام (١٠٣/٤) « عبدالرحمـن بن سمرة بن ←

٧٠٢٩ ـ وقال اصحابنا تجب الكفارة بالحنث ، ولا يجب تقديمها على الحنث •

٧٠٣٠ ـ وقال مالك تجب بعقد اليمين ولا يجوز تقديمها عليها •

٧٠٣١ ـ وقال الشافعي تجب بالحنث ويجوز تقديمها على الحنث •

٧٠٣٢ ـ ولو جاز تقديم ذلك لجاز بسائر الانواع والصوم ، وقد وافق على انه لا يجوز بالصوم حى يحنث فكذلك سائر البدلات الثلاث ، ولانها وضعت لتكفير الحنث وليس ذلك بحاصل ولا موجود •

فصـــــل

٧٠٣٣ ـ واذا اعطف اسمه على اسم او صفة على الاسم بواو العطف فهما يمينان عندنا •

٧٠٣٤ ـ وقال الشافعي ، ان لم يكن له نية فهي يمين واحدة •

فصـــــل

تعليق الطلاق على يمين

٧٠٣٥ ـ ومن حلف يمينا على طلاق او عتاق او بالله تعالى ففعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فقد حنث عندنا •

٧٠٣٦ ـ وقال الشافعي لا يحنث في أحد قوليه •

فصـــــل

قوله لا أكلم الناس

٧٠٣٧ ـ ومن قال لا اكلم الناس فكلم واحدا حنث ، وكذلك لا

⟵

حبيب بن عبد شمس العبشمي ابي سعيد صحابي من مسلمة الفتح ••• قال : قال رسول الله (ص) اذا حلفت على يمين ورأيت غيرها خيرا منها ، فكفر عن يمينك وائت الذى هو خير • متفق عليه •

وطـأت النساء فوطأ واحدة حنث بواحدة من الجنس لان اليمين اذا لـم تكن محصورة فالمراد بها الجنس وذلك لا يمكن استغراقه فحنث بالبعض•

فصـــــل

لا أكلم هذين

٧٠٣٨ ـ ولو قال لا اكلم هذين الرجلين فكلم احدهما لا يحنث لان اليمين على كلامهما جميعا •

فصـــــل

٧٠٣٩ ـ ولو قال لا ادخل هذه الدار وهو فيهـــا لم يحنث حتى يخرج ثم يدخل •

فصـــــل

هذا الثوب

٧٠٤٠ ـ ولو قال لا البس هذا الثوب وهو لابسه ، أو لا اركب هذه الدابة وهو راكبها فنزع من ساعته الثوب او نزل عن الدابة لم يحنـث وان لم ينزع او لم ينزل لم يحنث •

٧٠٤١ ـ وقال زفر يحنث في الفصلين جميعا •

فصـــــل

يمين أهل الذمة

٧٠٤٢ ـ ومن حلف من أهل الذمة بالله ثم حنث لا كفارة عليـــه ويمينه غير منعقدة عندنا •

٧٠٤٣ ـ وقال الشافعي يحنث •

٧٠٤٤ ـ لان ما هو فيه من الكفر اعظم من الحنث •

فصـــل

متابعة الصوم

٧٠٤٥ ـ ومن كفر بالصوم فانه يصوم ذلك متابعا ولا يجزيه اذا فـرق •

٧٠٤٦ ـ وقال الشافعي يجزيه اذا فرق ، وقد روى في قراءة عبدالله ابن مسعود رضى الله عنه « فصيام ثلاثة ايام متتابعات » •

فصـــل

التفكير بالكسوة

٧٠٤٧ ـ وان كفر بالكسوة اجزاه القميص ، وقد روى عنهم جواز السراويل والقلنسوة ذكره الطحاوى فى مختصره •

فصـــل

التفكير بالإطعام

٧٠٤٨ ـ وان كان ذلك بالاطعام اجزاه ان يغذى الفقراء او يعشيهم•

٧٠٤٩ ـ وقاله الشافعي لا يجوز حتى يدفع اليهم قدر الكفارة •

فصـــل

مقدار ما يكفر به

٧٠٥٠ ـ وعندنا يعطى لكل فقير نصف صاع من تمر •

٧٠٥١ ـ وقال الشافعي مد ، وهو رطل وثلث من القمح بالبغدادي•

فصـــل

٧٠٥٢ ـ وان اعطى كل يوم لفقير واحد طعمته اجزاه •

٧٠٥٣ ـ وقال الشافعي لابد من عشرة اشخاص والمعتبر عندنا باخراج

القدر الى الفقراء لا اغناء الفقراء لان الاطعام هو طعمتهم وقد وجد شرط الدفع وهو الفقر •

فصـــــل

٧٠٥٤ ـ وان كسا خمسة واطعم خمسة اجزاه ذلك عند ابـي يوسف اذا بلغ قيمة ذلك اجزاه عندنا ، والقيمة لا تجوز في الزكاة •

٧٠٥٥ ـ وقال الشافعي لا تجزيه القيمة فى الموضعين •

فصـــــل

لا أدخل دار فلان

٧٠٥٦ ـ وان قال ، لا ادخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها في ملك غيره لم يحنث عند ابي حنيفة •

٧٠٥٧ ـ وقال محمد يحنث لانه عينها باليمين •

٧٠٥٨ ـ وقد اتفق الجميع على انه لو قال لا آكل هذه البسر فصار رطبا فأكله انه لا يحنث •

فصـــــل

هذا الحمل

٧٠٥٩ ـ ولو قال هذا الحمل فصار كبشا فأكل منه حنث في قولهـم جميعـــا •

فصـــــل

دابة فلان

٧٠٦٠ ـ ولو قال ، لا اركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له في التجارة لم يحنث ، وقال بعض اصحابنا يحنث لان العبد يوالي ويعادي •

فصـــــل

داراً لفلان

٧٠٦١ ـ ولو حلف لادخل دار فلان فدخل دارا هو فيها باجرة حنث عندنا ، وقال الشافعي لا يحنث •

٧٠٦٢ ـ لان الدار تضاف الى الساكن كما تضاف الى المالك •

فصـــــل

الحلف على الخروج

٧٠٦٣ ـ ولو قال لزوجته ان خرجت من الدار الا باذني ، فهو على كل موضع •

٧٠٦٤ ـ وقال الشافعي فى أحد قوليه يكفي اذن واحد وتجـــــل اليمين •

٧٠٦٥ ـ لان الحلف على الخروج عام ، وقد استثنى منه ماكـــــان موصوفا بأذنه فبقى ما عداه بحاله •

فصـــــل

إلا أن آذن

٧٠٦٦ ـ ولو قال ، الا ان آذان لك فهذا على اذن واحد ، وقد وجد ذلك ، فانحلت اليمين •

فصـــــل

إذن وهي لا تسمع

٧٠٦٧ ـ ولو اذن لها وهى لا تسمع ذلك فقد قال ابو يوسف هــذا آذن ولو كان بالعين •

٧٠٦٨ ـ وقال محمد لا يكون ذلك اذنا حتى تعلم ذلك ، وقد روى كل واحد عن ابي حنيفة مثل قوله •

فصـــــل

لا أقرأ لفلان كتاباً

٧٠٦٩ ـ ولو قال : لا أقرأ لفلان كتابا فنظر فيه ولم يقرأه بلسانه فانه لا يحنث عند ابي حنيفة •

٧٠٧٠ ـ وقال محمد يحنث ، لان القراءة فعل القارىء لانظره في الـكتاب •

فصـــــل

تحليف السلطان

٧٠٧١ ـ ولو حلف السلطان رجلا بالطلاق او غيره من الايمـــان لا يخرج من البلد الا بعلمه ، او حتى رأى رجلا ذكره اخذه به فعــزل السلطان فاليمين تحل بعزله ، ولا يلزمه الحنث بعد العزل ، وانما يمينــه ادام سلطانا عند ابي حنيفة وسائر الاصحاب •

٧٠٧٢ ـ وروى عن ابي يوسف انه يحنث مادام باقيا •

فصـــــل

حلف على خروجها إلى الحمام

٧٠٧٣ ـ ولو خرجت امرأته الى الحمام فقال لها ، ارجعي فلـــم ترجع ، فقال ان خرجت الى الحمام فأنت طالق فرجعت الى الدار ثم خرجت بعد ذلك بيوم او ايام فانه لا يحنث واليمين مقصورة على تلك الخرجة الا الا ان ينوي بذلك الدوام فتكون له على ما نوى •

فصـــــل

لا يدخل هذه الدار

٧٠٧٤ ـ ولو حلف على هذه الدار لا يدخلها فخربت ثم دخلها يحنث عندنا •

وقال الشافعي لا يحنث •

لانها تسمى بعد الخراب دارا ، ولهذا يقال دار بني فلا وديار بكر وان لم يبق بها أحد من ولده •

٧٠٧٥ ـ ولو قال ذلك لبيت معروف فخرب ثم دخله لم يحنث لانه لا يسمى بيتا بعد الخراب •

فصـــــل

٧٠٧٦ ـ وان بناها دارا اخرى حنث ، فان بناها حماما او جعلها بستانا او مقبرة ثم دخلها لم يحنث لان الاسم زال عنها وتجدد لها اسم آخر •

فصـــــل

إن فعلت كذا

٧٠٧٧ ـ وان قال ، ان فعلت كذا فلله على المشي الى الكعبة او الى البيت الحرام لزمه لمشي الى ذلك الموضع اما لحجة او لعمرة فى قول أصحابنا جميعا •

فلو قال الى المسجد الحرام او الى الحرم فليس عليه شيء في قول أبي حنيفة •

وقال أبو يوسف ومحمد هو مثل مكة والبيت يلزمه حجة أو عمرة •

فصـــــل

٧٠٧٨ ـ ولو قال ، ان حلفت بطلاقك فعبدي حر •

وقال للعبد ان حلفت بعتقك فامرأتي طالق فقد حلف بالطلاق وعتق العبد ، ولم تطلق الزوجة ، بخلاف ما قاله بعض اصحاب الشافعي انـه غير حالف لان اليمين عقد بتنظيم الشرط والجواب ، والشرط هو المتقدم في الحكم والجواب هو المتأخر في الحكم فما دخل تحت ان واذا ومن وسائر حروف الشرط ، والجواب هو ما دخل المجازاة بالفاء مضمر أو مظهر ، فالمحلوف به هو ما دخل تحت الجواب لا ما دخل تحت الشرط لانه لا يحتاج ان يكون في ملكه لينقذ الحكم والشرط لا يحتاج ان يكون في ملكه باجماع لانه غير محلوف به ، فاذا عرفت هذه الجملة فالشرط في المسئلة الاولى الحلف بطلاق امرأته وجوابه عتق العبد ، والمحلوف به هو العتق دون الطلاق ، ولما قال لعبده ان حلفت بعتقك فأمرأتي طالق فقد حلف بطلاق امرأته ، لان الذي دخل في الجواب في اليمين الثالثـة قوله ، فأمرأتي طالق ، فالطلاق هو المحلوف به ، وشرط اليمين الاولى ، هو الحلف بطلاقها وجوابها عتق العبد فوجب ان يعتق العبد لوجود شرط الحنث في الاولى بانعقاد الثانية •

فصـــــل

إن حلفت بطلاقك إلخ . . .

٧٠٧٩ ـ وكذلك لو قال ان حلفت بطلاقك فأنت طالق حتى قـال هذا القول ثلاث مرات فان كانت مدخولا بها طلقت إثنتين فانعقدت الثالثة لان شرط اليمين الاولى الحلف بطلاقها وجوابها وقوع الطلاق عليهـــا وكذلك شرط الثانية والثالثة يعقد شرط الاولى بانعقاد الثانية فيقع تطليقـه بانحلال اليمين الاولى وانعقاد الثانية •

فصـــــل

٧٠٨٠ ـ فان لم تكن بها فان الثانية تنعقد ويحنث في الاولى بانعقاد الثانية فيقع عليها تطليقه بالحنث في الاولى وبانت منه فلا تنعقد الثانية اذا حلف بالطلاق لان شرط كون المحلوف بطلاقها فى ملكه ، فاذا لم تنعقد الثانية بقيت اليمين الثانية معقودة كما كانت فلا يجب فيها .

فصـــــل

أنت حر إن حلفت إلخ . .

٧٠٨١ ـ ولو قال انت حر ان حلفت بطلاق امرأتي ثم قال لامرأته أنت طالق ان شئت لم يعتق عبده ، لان الطلاق المعلق بمشيئتها يكون تمليكا ولا يكون يمينا لانه مقصور على المجلس ، ولا يختص ما شرط بالمجلس دون غيره الا ان يعلقه بالمجلس من جهة اللفظ .

واما اذا قال لها بعد اليمين بعتق العبد انت طالق ان قمت او قعدت أو أكلت او دخلت الدار فهذه كلها ايمان الطلاق .

وان كانت معلقة بفعلها لانها ليست مقصورة على المجلس ، فـــاذا كان كذلك عتق العبد لوجود شرط الحنث في اليمين الاولى وهو انعقاد اليمين بطلاق امرأته .

فصـــــل

حلف لا يساكن إلخ . .

٧٠٨٢ ـ ولو حلف لا يساكن فلانا فى دار فسكن في مقصورة من الدار والاخر في اخرى لم يحنث حتى يجتمعا في دار واحدة او مقصورة واحـــدة .

وان وقع الاسم على الجميع فانه ينصرف بالعرف الى ما ذكرناه الا

ان ينوى ما قلناه فيحنث وقد يكون الاسم عاما يعم مسميات كثيرة ويستعمل في بعضها بالعرف كاللحم والرؤس فانه لا يعم كل رأس ولا كل لحم لانه يخرج منه لحم السمك عندنا • وعند الثورى ، وفى رواية عن ابى يوسف انه يحنث في السمك الطرىء •

وقد يكون الاسم عاما ويستعمل فى جميع ما يتناوله كالناس والنساء والطعام والركوب وهو على العموم الا ان ينوى الخصوص فيصار اليه •

فصـــــل

٧٠٨٣ ـ ولو قال ، لا أساكن فلانا في دار أو بيت أو مدينة فجاء زائرا له لم يحنث لان الزائر ليس بساكن فى العرف عند العلماء والعامة •

فصـــــل

حلف لا يسكن هذه الدار

٧٠٨٤ ـ ولو حلف لا يسكن هذه الدار فتحول من ساعته لم يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد •

٧٠٨٥ ـ وقال زفر يحنث •

٧٠٨٦ ـ لان اليمين تنعقد على ما يمكن الاحتراز عنه فلا يدخل تحت اليمين •

فصـــــل

لا أساكنك

٧٠٨٧ ـ ولو ، قال لا اساكنك في هذه الدار وعينها فاقتسماها وافرز كل واحد منهما حصته منها وجعل لها بابا او طريقا ثم دخلها بعد ذلـك حنث •

لان كل جزء منها قد تناولته اليمين لكونه معينا فحنث بدخول كـل جزء منها •

فصـــل

لا يسكن داراً لفلان

٧٠٨٨ ـ ولو حلف لا يسكن دارا لفلان وقد كان باع دارا لـه فسكنها لم يحنث عندهم جميعا ٠

ولو اشترى فلان بعد اليمين دارا فدخلها حنث عند ابي حنيفة ومحمد ٠

وقال أبو يوسف لا يحنث ، لان اليمين تقع على ملك في الحال، كما او قال ملك فلان ، وأبو حنيفة يعتبر الاضافة وقت الدخول ، وهي مضافة الى المحلوف عليه ٠

فصـــل

لا آكل طعاماً لفلان

٧٠٨٩ ـ واجمع الجميع على أنه لو قال لا آكل طعاما لفلان انه اذا أكل طعاما اشتراه فلان بعد اليمين حنث ، وفرق بينهما بأن الطعام يشترى كل وقت ولكن الدار لا تشترى كل وقت ، وهو فرق صورة ٠

فصـــل

٧٠٩٠ ـ والدخول على الانفصال من خارج الى داخل يقع في العرف، وهو عكس الخروج ٠

فصـــل

٧٠٩١ ـ ولو حلف لا يكلم صاحب هذه الدار او امرأة فلان فكلمها بعد الطلاق والاخر بعد بيع الدار حنث عندهم جميعا لان اليمين على المرأة والرجل جميعا وهما بعد ذلك كما كانا قبل المعنى الحادث ٠

فصـــــل

لا يجلس على الأرض

٧٠٠٢ ـ ولو حلف لا يجلس على الارض فجعل فوقها حصيرا لـم جلس لم يحنث •

٧٠٩٣ ـ وقالوا لو قال لا يجلس فوق السطح فجلس على حصـير عليه يحنث ، لانه هو السطح •

فصـــــل

لا أجلس فوق سرير

٧٠٩٤ ـ ولو قال لا أجلس فوق سرير فجعل عليه آخر أو فـوق فراش فجعل عليه آخر ففيه خلاف بينهم •

فصـــــل

الأيام والشهور والجمع

٧٠٩٥ ـ والايام والشهور والجمع عند ابي حنيفة عشرة ، اذ قال لا أكلمة الايام او الجمع أو الشهور ، وقال أبو يوسف ومحمد الايام الاسبوع والشهور السنة والسنين الابد •

فصـــــل

أياماً

٧٠٩٦ ـ ولو قال أياما فهي عشرة عند ابي حنيفة وروى عنه ثلاثة أيـام •

فصـــــل

أدنى الصلاة والصوم

٧٠٩٧ ـ والصلاة لا يحنث حتى يصلي ركعة وسـجدتين والصوم

بالدخول فيه ، وسوى الشافعي بين الجميع في الحنث •

فصـــــل

قراءة القرآن

٧٠٩٨ ــ وقال أبو حنيفة لو حلف [لا يتكلم] فقرأ القرآن فان كان في الصلوة لا يحنث ، وان كان خارج الصلوة حنث •

٧٠٩٩ ــ وقال الشافعي يحنث في الموضعين •

لانه غير متكلم •

فصـــــل

الكلام والإشارة

٧١٠٠ ــ ولو حلف لا يكلم رجلا فأشار اليه بيده لم يحنث ، ومن أصحاب الشافعي من قال يحنث لان ذلك ليس بحقيقة الكلام •

فصـــــل

إذاعة السر

٧١٠١ ــ ولو قال لا أذيع لك سرا فكتب به وأشار بيده على غـيره حنث لان ذلك اذاعة للسر •

فصـــــل

٧١٠٢ ــ ولو قال على أول خبر والعلم يقع بالثاني فكذلك (الخبر) وقبل الخبر مثل ذلك ، ومبنى الايمان على العرف دون ما يقتضيه اطـــلاق الاســـم •

فصـــــل

تكرار الإيمان على فعل واحد

٧١٠٣ ــ وتكرار الايمان على فعل واحد يقتضي تكرارها الا ان ينوي

تأكيد الاول ، لانن اللفظ الثاني لو انفرد وجب به الكفارة ولزمت اليمين فكذلك حال الاجتماع •

فصل

اليمين على فعل المحظور

٧١٠٤ ـ واليمين على فعل المحظور والمباح سواء في وجوب الحنث ووجوب الكفار بالحنث •

وكتاب الايمان كتاب كبير وفروعه كثيرة ومحمد ذكر فى الجامع بيفا وسبعين بابا فى الايمان وهو كثير الخلاف والوفاق ، وذكر جميعه لا يمكن وقد ذكرت من ذلك معرفة بعض ما يحتاج اليه ، ولما كان الولاء نتيجة للعتق والعتق يجب بالحنث ويحصل بالايقاع في الرق وجب ذكر الموضع (الذى) يثبت فيه والموضع الذى لا يثبت •

كتاب الولاء
وهذا كتاب الولاء[1]

٧١٠٥ - اعلم ان الولاء يثبت للمولى المعتق على عبده بدلا من نعمته عليه بالعتق فيصير به عصبة له ، فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (الولاء لُحمة كلمة النسب ، لا يباع ولا يوهب)[2] •

وقال النبي صلى الله عليه وسلم (الولاء لمن وزن الثمن)[3] والذى وزن الثمن هو الآمر والمعتق عنه كالوكيل فى الايقاع •

(١) جاء في الاقناع للشربيني (٢/٣٢٧) الولاء بفتح الواو والمد لغة القرابة ، مأخوذ من الموالاة وهي المعاونة والمقاربة •

وشرعا : عصوبة سببها زوال الملك عن الرقيق بالحرية ، وهي متراخية عن عصوبة النسب فيرث بها المعتق ويلي أمر النكاح والصلاة ويعقل •

والاصل فيه قبل الاجماع قوله تعالى « ادعوهم لآبائهم » الى قوله تعالى « ومواليكم » •

وقوله (ص) انما الولاء لمن اعتق •

وقوله الولاء لحمة كلحمة النسب •

(٢) في الالمام لابن دقيق العيد (ص ٣٨٣) عن ابن عمر قال : قال رسول الله (ص) : الولاء لحمة كلمة النسب ، لا يباع ولا يوهب ولا يورث • رواه أبو يعلي الموصلي ، ثم ابن حبان في صحيحه • (وانظر جامع مسانيد الامام ، ج ٢ ص ١٧٣ - ١٧٤) •

(٣) ورد هذا الحديث في كتب السنة بصيغة « الولاء لمن اعتق » (نيل الاوطار ، ج٥ ص٢٠٤) وفي صيغة أخرى « الولاء لمن اعتق وان اشترطوا مائة شرط » (نيل الاوطار ، ج ٥ ص ٢٠٤) وقد روى فيه هذا الحديث عن طريق عائشة وعن ابي هريرة وعن ابي عمر ، وانظر موطأ مالك في بيع الولاء ٧٩٧ ص ٢٨١ - ٢٨٢ •

فصـــــل

ثبوت الولاء للعصب

٧١٠٦ ـ وهو يثبت للعصب ولا يرث أحد مع العصب عند ابي حنيفة ومحمد •

وهو قول عامة الفقهاء ويتبين ذلك في امرأة اشترت عبدا يكون للاب السدس وللابن خمسة أسهم من ستة كما فى قسمة الميراث •

فصـــــل

٧١٠٧ ـ وقال أبو حنيفة فى أمرأة اسلمت على يدى رجل ووالته انه يصير مولى لها ويدخل تحت ولائه من ولدت بعد ذلك ومن لم تلده قبل ذلك لانه حق يسرى كالنسب •

٧١٠٨ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لا يدخل •

٧١٠٩ ـ وفي الاستحسان يكون للاب لان الولاء كالنسب •

٧١١٠ ـ ولا يثبت النسب في حق الغير بقول واحد من الورثـة •

والاستحسان انا قبلنا قوله في العتق وهو المستحق للولاء فيقبل قوله في ذلك •

فصـــــل

٧١١١ ـ ولو كان معه وارث غيره أعنى ابن آخر فكذبه وجب على العبد السعاية للذى كذبه ويكون الولاء نصفه للذى استسعاه ونصفه للاب عند ابي حنيفة •

وقال أبو يوسف ومحمد يكون النصف موقوفا •

فصـــــل

إعتاق الحربي عبداً

٧١١٢ ـ والحربي اذا اعتق عبدا فى دار الحرب حربيا لا ينفذ عتقه الا آن يخلى سبيله فيعتق ويكون الولاء له ، وله ان يوالي من شاء عند ابي يوسف ومحمد ، ولا ينفذ العتق عند ابي حنيفة لان ملكه غير تام على ما في يده ، لانه يجوز أخذه من غير قضاء ولا رضاء فهو على سبيل الاباحـــة •

فصـــــل

٧١١٣ ـ وقال أبو يوسف ليس له ان يوالي من شاء ، وولاؤه له •

فصـــــل

إعتاق مسلم عبداً في دار الحرب

٧١١٤ ـ ولو ان مسلما دخل دار الحرب واشترى عبدا من أهــل الحرب فأعتقه عتق في القول بالاستحسان ، والولاء له في قول أبي حنيفة وهو قول محمد في هذه الرواية •

٧١١٥ ـ وفى قول ابى يوسف ولاؤه له وهو قول محمد فى الســير الكبير وفرق محمد بين المسلم والحربي •

فصـــــل

عبد مسلم أعتق في دار الحرب

٧١١٦ ـ ولو كان العبد مسلما واعتقه مسلم او حربي فى دار الحرب أو فى دار الاسلام فولاؤه له بالاتفاق •

فصـــــل

باع مولاه من حربي

٦١١٧ ـ واذا تسلط رجل من أهل الحرب على مولاه فباعه من حربي

أو مسلم صار العبد حرا عند ابي حنيفة لان ملك مولاه زال عنه وصار المالك مملوكا .

٧١١٨ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق الا ان يخرج الى دار الاسلام أو يظهر عليه المسلمون .

فصل

عدم تحول الولاء

٧١١٩ ـ وقال اصحابنا فى أمة اشتراها رجل من بني أسد ، فأعتقها ثم اعتقت عبدا ملكته ، ثم انها ارتدت والعياذ بالله تعالى ولحقت بدار الحرب فسبيت ثم اشتراها رجل من بني همذان فجنى العبد جناية فان عقله على ابن أسد في قول أبي يوسف الاول والولاء لا يتحول بعد ثبوته كما لا يتحول النسب ، وفي قوله الآخر وهو قول محمد عقله على بني همذان، لانه الولاء لهم في هذه الحال وهو تابع لولاء الامة يدور حيث دار ، وميراثه للمرأة .

فصل

إقرارها بمولى الصغير

٧١٢٠ ـ ولو ان امرأة في يدها ولد صغير لا يعرف أبوه ، وأقرت لرجل انه مولاه [فولاؤه] له والاعتاق اعتاقه ، قال زفر اقرارها جائز عليها وعلى ولدها .

٧١٢١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يجوز على نفسها ولا يجوز على ولدها ، وهذا ينبني على جواز موالاتها ، وهي المسئلة التى مضت .

فصل

أقر لرجل بأنه مولاه

٧١٢٢ ـ فاذا أقر رجل لرجل بأنه مولاه الذى اعتقه والمقر له ينكر

ذلك ، ويكذبه وأراد ان يقر بولائه لآخر لا يجوز عند ابي حنيفة •

٧١٢٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ، وهذا مثل قول المولى هذا العبد عبدى فلان وكذبه العبد وأراد ان يدعيه لنفسه لا يجوز عند ابي حنيفة •

وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لانه لم يثبت بعد من العبد •

فصـــل

أقر بأنه مولى لامرأة

٧١٢٤ ـ واذا أقر الرجل بانه مولى لامرأة اعتقته فكذبته المرأة وقالت لم اعتقك ولكن اسلمت على يدي والدى فهو مولى لها وليس لها ان تحول ولاءه عند ابي حنيفة الى غيرها •

ولها ذلك عند ابي يوسف ومحمد والاصل واحد على ما مضى •

فصـــل

لا ولاء للنساء إلا بالعتق والموالاة

٧١١٨ ـ ولا يثبت الولاء للنساء الا ان يعتقن او يوالين ، لانه يجرى مجرى التعصيب فلا يثبت للنساء •

فصـــل

ترتيب الولاء

٧١١٩ ـ والاخ للاب والام اولى بالولاء ويقدم على الاخ للاب ، وعن الشافعي فى بعض الاقوال انهما سواء لتساويهما فى الانتساب الى الاب •

وكذلك قال في النكاح في أحد قوليه والصلاة على الجنازة •

فصـــــل

جر الولاء

٧١٢٠ ـ رجل زوج عبده مولاة لقوم فأولدهـــا أولادا فهم أحرار وولاؤهم لمولى الام وان اعتق المولى الاب فانه يجر الولاء اليه لان الاب هو العصبة وأولى بالميراث •

فصـــــل

٧١٢١ ـ ولو كان مكان الاب جد فاعتقه المولى لم يجر الولاء سواء كان الاب حيا او ميتا •

والجد لا يجر الولاء ولا يصير الولد مسلما باسلامه ، ولا يحجب الام الى السدس ، ولا ينفرد بنفقة الصغير ، وبهـــذه الاحكام خالف الجد الاب •

٧١٢٢ ـ وفي الولاء مسائل كثيرة وفروع موقوفة مع المسائل ، ولا يمكن ذكر الجميع •

واذا قد ذكرنا أحكام الاقوال فى المعاملات والمناكحات وسائر ما طريقة القول ، وجميع ما تقدم فى هذه الكتب اما ان يكون الرجل يجوز له ان يتولى ذلك بنفسه أو بغيره ومنها ما يتولاه بنفسه ولا يتولاه بغيره ومنها ما يتولاه بغيره ولا يتولاه بنفسه ومنها ما لا يجوز له ان يتولاه بنفسه ولا بغيره فالعقود الجائزة في الشرع يجوز له أن يتولاها بنفسه ويتولاها بغيره وما يتولاه بنفسه ولا تجوز النيابة فيه فهو الوطء فى النكاح وملك اليمين والعبد والاحتشاش واخذ الماء من المواضع المباحة ، وما يتولاه الغير له ولا يجوز له ان يتولاه فهو كالحكم ولشهادة يجوز له ان يفعله الغير له ولا يجوز ان يفعله لنفسه ، ومالا يجوز ان يتولاه لنفسه ولا يجوز للغير ان يفعله فهو سائر العقود الباطلة المحرمة لا يجوز ان يفعلها ولا تفعـــل لاجله •

واذا قد ذكرنا الاقوال وأحكامها وجب ان نذكر الافعال[1] ونبتدى من ذلك بالجنايات •

(١) بالرغم مما يشوب هذا التسلسل من تكلف فان هذا التقسيم لاحكام الفقه تقسيم دقيق يدور حول رد مصادر الالتزام الى واقعتين ينشأ عن كل منهما بعض مصادر الالتزام او الحق وهاتان الواقعتان هما : القول والفعل • ويمتاز هذا التقسيم الذى يذهب اليه الفقه الوضعي الحديث كما أشار السنهوري في مبسوطه بكونه يرد تقسيم مصادر الالتزام الى أبسط الوقائع • ويمتاز السمناني بكونه عمم التقسيم فجعله شاملا لمصادر الالتزام والحق بينما وقف الفقه الوضعي الحديث فى هذا التقسيم عند حدود الالتزام •

كتاب الجنايات

وهذا كتاب الجنايات(١)

٧١٢٣ – ترجم بعض الفقهاء هـــذا الكتاب بكتاب القصـــاص(٢) والديات(٣) ، وبعض بالجنايات ، وقد يتفق جناية لا قصاص فيها ولا دية

---

(١) الجنايات جمع جناية وفي لسان العرب : « جنى الذنب عليه جناية جره ، ورجل جان من قوم جناة ، وجناء ، الاخيرة عن سيبويه .. وفي الحديث « لا يجنى جان الا على نفسه » الجناية الذنب والجرم ، وما يفعله الانسان مما يوجب عليه العقاب او القصاص في الدنيـا والاخرة ، والمعنى انه لا يطالب بجناية غيره من أقاربه واباعده، فاذا جنى احدهم جناية لا يطالب بها الاخر ، لقوله عز وجل « ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

وتجنى فلان على فلان ذنبا اذا تقوله عليه وهو برىء ، وتجنى عليه وجانى اذا ادعى عليه جناية .

(٢) جاء في لسان العرب في مادة (قصص) :

القصاص والقصاصاء (بالكسر والضم) القود ، وهو القتل بالقتل أو الجرح بالجرح .

والتقاص : التناصف في القصاص، وتقاصّ القوم اذا قاص كل واحد منهم صاحبه في حسابه او غيره والاقتصاص : أخذ القصاص .

والاقصاص : ان يؤخذ لك القصـــاص ، وقد أقصه وأقص الامير فلانا من فلان اذا اقتص له منه فجرحه مثل جرحه او قتله قودا .

واستقصه : سأله ان يقصه منه .

(٣) جاء في لسان العرب في مادة (ودى) :

الدية حق القتيل ، وقد وديته وديا .

الجوهري : الدية واحدة الديات ، والهاء عوض من الواو ، تقول : وديت القتيل اديه دية اذا أعطيت ديته .

←

ولا تخرج ان تكون جناية فتسميته بالجناية أعم وبالقصاص والديات أخص، ولكل واحد من القولين وجه في التسمية •

فصـــل

القتل محظور

٧١٢٤ ـ والقتل محظور في الجملة على كل قاتل الا ان يوجد اذن الشرع له في ذلك •

٧١٢٥ ـ وهو من الكبائر[١] المتوعد عليها المجمع على ذلك وهو مغلظ على الكبائر •

٧١٢٦ ـ وفيه آيات محكمات وسنن ثابتات وأدلة قاطعة وبراهين بينة، وخلاف كثير وأصول مختلفة • وقد قال تعالى : « ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ، وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما »[٢] •

←

واتديت اى اخذت ديته •

واذا امرت منه قلت : د فلانا ، وللاثنين : ديا ، وللجماعة : دو فلانا ، وفي حديث القسامة : فوداه من ابل الصدقة ، أي اعطى ديته ، ومنه الحديث : ان أحبوا قادوا وان أحبوا وادو ، أي ان شاؤ اقتصوا وأن شاؤا أخذوا الدية ، وهي مفاعلة من الدية •

يقال : ودى فلانا اذا ادى ديته الى وليه واصل الدية ودْية فحذفت الواو •

(١) الكبائر جمع كبيرة • وفى التنزيل العزيز : الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش ، وفي الاحاديث ذكر الكبائر فى غير موضع • والكبيرة هي الفعلة القبيحة من الذنوب المنهى عنها شرعا ، العظيم امرها كالقتل والزنا والفرار من الزحف وغير ذلك • (لسان لعرب) •

(٢) النساء (٤/٩٣) •

فذكر الله تعالى في هذه الاية حكم الاخرة ، وما اعده من الجزاء لفاعل القتل ، وقد ذكر الخلود في النار ، وضم الى الخلود الخبر عن غضبه واللعنة لفاعله وعظيم عذابه ، وما يستعظمه الله تعالى فلا أعظم منه ولا أكبر .

وذكر في آية أخرى أحكام الدنيا وما يجب به القصاص فقال تعالى :

(يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى)[1] .

ثم ذكر العفو عن بعضـــنا لبعض ، وبين في آية أخـــرى ان للولي القصاص وقتل القاتل فقال تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل أنه كان منصورا »[2] .

فصـــــل

معنى الإسراف في القتل

٧١٢٧ ـ وقد اختلف في معنى الاسراف فقال بعض العلماء هو المثلة[3] بالقاتل وقال آخرون هو ان يقتل غير القاتل ، وكلا القولين عندنا مراد بالآية فانه لا يجوز الاسراف في المثلة ولا بقتل غير القاتل .

---

(١) البقرة (٢/١٧٨) .

(٢) الاسراء (١٧/٣٣) .

(٣) المُثْلة : تشويه القتيل من الانسان والحيوان وتقطيع اعضائه وقد جاء في لسان العرب « في الحـــديث نهى رسول الله (ص) ان يمثل بالدواب وان تؤكل الممثول بها ، وهو ان تنصب فترمى أو تقطع اطرافها وهي حية . وفي الحديث : انه نهى عن المُثْلة .

يقال مثلت بالحيوان امثل به مثلا اذا قطعت أطرافه وشوهت به ، ومثلت بالقتيل اذا جدعت انفه وأذنه ومذاكيره أو شيئا من أطـــرافه ، والاسم المُثْلة . فأما مثل بالتشديد فهو للمبالغة ، ومثل بالقتيل جدعــه (لغة العرب) .

٧١٢٨ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « واذا قتلتم فاحسنوا القتلة »[١] .

فصل

متى يجب القصاص

٧١٢٩ ـ ونهى عن المثلة[٢] .

٧١٣٠ ـ وقد قال اصحابنا انه اذا قتل بغير السيف والحديد بمثقل[٣]

---

(١) في نيل الاوطار (جـ٨/١٦٠) « عن شداد بن اوس عن رسول الله (ص) قال : ان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة ، واذا ذبحتم فاحسنوا الذبح ، وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته . رواه احمد ومسلم والنسائي وابن ماجة » .

(٢) في سنن النسائي (٧/١٠١) عن أنس قال : كان رسول الله (ص) يحث في خطبته على الصدقة وينهى عن المثلة . وانظر ايضا نيل الاوطار جـ٧ ص٢٣ ، وفيه عن عمران بن حصين قال : « ما خطبنا رسول الله (ص) خطبة الا امرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة » .

(٣) جاء في سبل السلام (٣/٢٣٦) « عن أنس بن مالك (رض) ان جارية وجد رأسها قد رُضَّ بين حجرين فسألوها من صنع بك هذا ؟ فلان ، فلان ، حتى ذكروا يهوديا فاومأت برأسها فاخذ اليهودي فأقر ، فأمر رسول الله (ص) ان يُرَضَّ رأسه بين حجرين . متفق عليه واللفظ لمسلم (صحيح مسلم ١١/١٥٨) . الحديث دليل على انه : يجب القصاص بالمثقل كالمحدود وانه يقتل الرجل بالمرأة وانه يقتل بما قتل ، فهذه ثلاث مسائل : الاولى وجوب القصاص بالمثقل واليه ذهب الهادوية والشافعي ومالك ومحمد بن الحسن ، عملا بهذا الحديث ، والمعنى المناسب ظاهر قوي ، وهو صيانة الدماء من الاهدار ، ولأن القتل بالمثقل كالقتل بالمحدد في ازهاق الروح ، وذهب ابو حنيفة والشعبي والنخعي الى انه لا قصاص في القتل بالمثقل ، واحتجوا بما اخرجه البيهقي من حديث النعمان بن بشير مرفوعاً « كل شيء خطأ الا السيف ، ولكل خطأ أرش » وفي لفظ « كل شيء سوى الحديدة خطأ ولكل خطأ أرش » واجيب بأن الحديث مداره

كالحجر العظيم والخشبة العظيمة انه لا قصاص عليه عند ابي حنيفة ٠

٧١٣١ ـ وقال ابو يو سف ومحمد يجب القصاص بكل آلة الغالب عليها ان القتل يحصل بها ٠

٧١٣٢ ـ وهو قول الشافعي ٠

٧١٣٢ ـ واتفق اصحابنا على انه لا يستوفى القصاص بذلك اذا وقع به القتل ٠

٧١٣٤ ـ وقال الشافعي يقتل القاتل بمثل ما قتل به من الآلات ، الا اللواط فانه يعمل له خشبة وتولج فيه حتى يموت ٠

٧١٣٥ ـ وان قتله بخمر فانه لا يسقى الخمر ولكن يسقى بالماء حتى يموت ٠

٧١٣٦ ـ وكذلك قال بعض اصحابنا انه لا يقتل بالنار ٠

٧١٣٧ ـ وجملة القول ان الذي يعتمد عليه ان الله تعالى قال فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ٠

وان النبي صلى الله عليه وسلم رضخ[1] رأس يهودي بين حجرين

على جابر الجعفي وقيس بن الربيع ولا يحتج بهما فلا يقاوم حديث أنس هذا ، وجواب الحنفية عن حديث أنس بانه حصل في الرض الجرح أو بان اليهودي كان عادته قتل الصبيان فهو من الساعين في الارض فساداًتكلف أ٠هـ (وانظر نيل الاوطار ج٧ ص١٨ ـ ١٩) واقضية رسول الله للقرطبي ص٨ ٠

(١) جاء في اقضية رسول الله للقرطبي ، ص٨ ، بعد حديث من قتل احداً بحجر : « وفي هذا الحديث من الفقه ان يقتل القاتل بمثل ما قتل من حجر أو عصا أو خنق أو شبهه ، وهو قول مالك ، بخلاف قول اهل العراق الذين يقولون لا قود الا بحديده ٠ وجاء في نيل الاوطار (ج٧/٢٣) تفصيل

لانه كان رضخ رأس جارية من الانصار وهو خبر رواه ابو هريرة رضى الله عنه ، وهو صريح في الآلة لو فعل به مثل ما فعل فلم يمت انه يقتل بعد ذلك ، وليس هذا مثلة اذا ضربه بعدد تلك الضـربات فلم يمت انه يقتل بعد ذلك ، وقال اصحابنا في اخذنا دلالة على انه كان قبل النهي عن المثلـة .

٧١٣٨ ـ وقد روى عنه عليه السلام انه قال :

لا قتل الا بالسيف وروى بحديدة وهو نص في الاستيفاء والوجوب ، وتركوا قولهم في الخمر واللواط .

فصـــل

٧١٣٩ ـ وهذا عند ابي حنيفة شبه العمد ، قبل الخطأ شبه العمد .

٧١٤٠ ـ قتل السوط والعصا فيه مائة من الابل فيها اربعون خلفـة (في بطونها اولادها)[١] .

فصـــل

أنواع القتل

٧١٤١ ـ وقال اصحابنا ، القتل على ثلاثة اضرب :

←

اختلاف الفقهاء في صدد القتل بمثل ما قتل القاتل وان هـذا هو قول الجمهور خلافاً لما ذهب اليه العترة والكوفيون ومنهم ابو حنيفة واصحابه استنادا الى حديث « لا قود الا بالسيف » .

(١) كذا وصواب هذه العبارة يتضح بالرجوع الى حديث « الا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها اربعون خلفة في بطونها اولادها (الالمام جـ١ ص٤٥٣) .

١ ـ عمد[١] ٢ ـ وشبه عمد[٢] ٣ ـ وخطأ[٣] ٠

٧١٤٢ ـ وقال مالك بن انس ، لا اعرف شبه العمد والقتل على ضربين عمد وخطأ ، فاما شبه العمد فلا اعرفه ، وقد بينا ان فيه سنة ثابتة نادى بها النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح[٤] واشتهر امرها فلم يعرف متى قال ما قال ٠

---

(١) عرف الطحاوي في مختصره (ص٢٣٢) القتل العمد بأنه « ما تعمده بالسلاح أو بما سواه مما يجرح فقتله به » ٠

(٢) عرف الطحاوي القتل شبه العمد (ص٢٣٣) بأنه ما اريد وتعمد فاصيب به النفس بما لا قصاص فيه مما مثله يقتل ومما مثله لا يقتل ، وقد انتقد ابن حزم مذهب الحنفية والشافعية في شبه العمد (عمد الخطا) (المحلى ٣٤٣/١٠) وذهب الى ان شبه العمد عمد فيه القود أو الدية كما في سائر العمد لانه عدوان ٠ (ايضا) ٠

(٣) وعرف الطحاوي القتل الخطأ (ص٢٣٢) بانه ما أصابه فقتله مما لم يرده ، وانما اراد غيره ٠

وفي القتل العمد القود وهو القصاص بالسيف لا بما سواه ، الا ان يصطلح على ذلك الجاني وولي المجنى عليه فيجوز عليهما من ذلك ما اصطلحا عليه ويبطل به القود ، ويكون ما اصطلحا عليه على الجاني في ماله ، ولا كفارة في ذلك على الجاني ٠

وفي شبه العمد في قولهم جميعا الكفارة والدية تغلظ فيها في الابل خاصة دون ما سواها من اصناف الدية ٠

وفي القتل الخطا الدية على العاقلة في ثلاث سنين في كل سنة فيها ثلثها ٠ (مختصر الطحاوي ، ص٢٣٢ ـ ٢٣٤) وانظر في هذا التقسيم الثلاثي المبسوط للسرخسي ٥٩/٢٦ ٠

(٤) الظاهر ان حجة القائلين بشبه العمد حديث « ٠٠٠ الا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل اربعون خلفة في بطونها اولادها » (سنن ابي داود ٥٠١/٢) والالمام لابن دقيق العيد ، ص٤٥٣ ، وقد انكر المالكية هذا الحديث فجاء في احكام القرآن لابن العربي (ص٤٧٩) هذا حديث لم يصح ٠ وانظر ايضا الدية واحكامها للسيد خالد رشيد الجميلي (ص ٨٤) ٠

٧١٤٣ ـ ومثل قولنا قال الشافعي في ذلك •

فصـــل

الجراح ضربان

٧١٤٤ ـ واتفق جميع العلماء على ان الجراح كلها على ضربين عمد وخطأ ، وليس فيها شبه عمد ، وهو (قول) مالك لولا السنة المروية في ذلك •

فصـــل

هل لقاتل العمد توبة ؟

٧١٤٥ ـ وقد اختلف الصحابة (رض) في ذلك هل لقاتل العمد توبـة •

٧١٤٦ ـ فقال ابو هريرة وابن عمر وابن عباس رضـي الله عنهم لا توبة له ، وقال في الحجة[1] هل يستطيع ان يبتغي نفقاً في الارض أو سلما في السماء[2] ؟ فقال السائل لا ، فقال فلا توبة للقاتل •

٧١٤٧ ـ وقال عمر بن الخطاب (رض) توبته مقبولة ، وتلا قولـه تعالى (غافر الذنب وقابل التوبة)[3] •

---

(١) لعله اراد بذلك الاشارة الى كتاب الحجة على اهل المدينة ؟

(٢) اشارة الى قوله تعالى « فان استطعت ان تبتغي نفعا في الارض أو سلما في السماء (الانعام ٦/٣٥) •

(٣) اي ان القصاص وحده في نظر الحنفية عقوبة اصلها في القتل العمد ولا تجب الدية بديلا عنه الا برضا القاتل (انظر الدية واحكامهـا للسيد خالد رشيد الجميلي ص٩٤) •

فصـــــل

تبعة الآخرة

٧١٤٨ ـ واختلف العلماء فيما اذا استوفى منه القصاص في الدنيا هل يبقى عليه تبعة في الآخرة ام لا ؟ فمنهم من قال ، ليس عليه شيء لانه قد استوفى منه مثل ما فعل فلا يبقى عليه تبعة •

٧١٤٩ ـ وقال آخرون يبقى عليه حق الله تعالى ، واقدامه على مخالفة وعيده ، وانما تعجل حق المقتول في الدنيا ، وقد قال تعالى :

﴿ والذين لا يدعون مع الله الاها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ، ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق آثاماً ، نضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيها مهانا الا من تاب ﴾[١] الآية وهذه الآية تدل على قبول التوبة ، واذا سقط الذنب مع التوبة فمع استيفائه مثلة ، والامر في الجميع مقتبس •

فصـــــل

القود في العمد

٧١٥٠ ـ وقيل العمد يوجب القود ولا يوجب الدية الا ان يرضى بذلك القاتل[٢] •

٧١٥١ ـ وقال مالك والشافعي ولى المقتول بالخيار ان شاء قتل وان شاء اخذ دية المقتول ، لانه عليه السلام قال :

﴿ من قتل له بعد ذلك قتيل فاهله بين خيرين ان احبوا قتلوا وان

---

(١) الفرقان (٦٨/٢٥) •

(٢) انظر : الدية واحكامها للسيد خالد رشيد الجميلي ، ص٩٤ •

شاءوا اخذوا الدية)[1] كذا رواه ابو هريرة وابو شريح الكعبي[2] .

٧١٥٢ ـ وقال اصحابنا المراد بذلك اذا بذل القاتل الدية ، ولا تكون دية مأخوذة الا برضا من يؤدى ذلك وانما كان في الجاهلية انه لا تقبل دية اذا بذلت للمولى ،لهذا قال تعالى :

(فمن عفى له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف) يعنى يتبعه الولى ، (واداء اليه) كما أحب (ذلك تخفيف من ربكم ورحمة) والهاء راجعة الى الولى ، فله ان يأخذ ما اعطاه القاتل ، ونهى عن العدوان بعد ذلك في الاخذ والعطاء ، والخبر يتضمن رضا الولى حتى يأخذ الدية ، وليس فيه اسقاط رضا القاتل ، ونحن نضمن ذلك بالدليل على الرضا بالاداء اليه .

فصـــــل

٧١٥٣ ـ وقد اتفق الفريقان على ان كل من وجد جنس حقـه ، وبذل له ، انه لا يجوز له العدول الى غيره الا برضاء المؤدى من سـائر الحقوق وذوات الامثال[3] .

٧١٥٤ ـ والقتل انما شرع لصيانة الدماء وردعا عن القتل ، فكل من يجب قراره في دارنا على التأبيد فالقصاص مسوغ بقتله في الجملة ،

---

(١) احتج الشافعي بهذا الحديث في القول ان القصاص والديـة عقوبتان اصليتان في القتل العمد وان ولى الدم يتخير منهما ما شاء ولا اعتبار لرضا الجاني (انظر الدية واحكامهما للسيد خالد رشيد الجميلي ، ص٩٨) ونيل الاوطار جـ٧ ص٩ وفيه ان هذا هو ايضا مذهب الهادوية والناصر وابي حامد والشافعي في قوله » فقد روى ابو شريح الكعبي ان النبي قال عام الفتح : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ان أحب اخذ العقل وان احب فله القود » .

(٢) انظر نيل الاوطار جـ٧ ص٨ .

(٣) هذا قياس مع الفارق .

وسائر الناس في هذه الجملة سواء ، المسلم والذمي والحر والعبد والصغير والكبير والذكر والانثى والقريب والبعيد ، وكل هذه الجملة مختلف فيها ٠

فصل

قتل المسلم بالذمي

٧١٥٥ ـ فالمسلم يقتل بالذمي عندنا[١] ، ولا يقتل بالمستأمن في اصح الروايتين ٠

٧١٥٦ ـ وقد روى الطحاوي في مختصره عن ابي يوسف انه يقتل به[٢] ٠

٧١٥٧ ـ وقال الشافعي وغيره لا يقتل مؤمن بكافر ٠

٧١٥٨ ـ وان جرح الذمي ذمياً فاسلم الجارح ثم مات المجروح قتل

---

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (٢/١٧٧ ـ ١٧٨) ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان رجلا من بني شيبان قتل رجلا نصرانيا من اهل الجزية فكتب والى الكوفة الى عمر بن الخطاب بذلك ، فكتب اليه عمر (رض) ان ادفعه الى اولياء القتيل فان شاءوا قتلوا وا شاءوا عفوا عنه ، ثم كتب اليه ان افده بالدية من بيت المال ، وذلك انه بلغه انه فارس من فرسان العرب ٠

(٢) قتل المسلم بالمستأمن اساسه حديث عبدالله بن عمرو عن النبي (ص) انه قال : « من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة » رواه احمد والبخاري والنسائي وابن ماجة ، وفي رواية ابي هريرة عن النبي (ص) انه قال « الا من قتل نفسا معاهدة لها ذمة الله وذمة رسوله فقد اخفر ذمة الله ، ولا يرح رائحة الجنة » وقد روى هذا الحديث عن ابى هريرة من غير وجه مرفوعا « قوله معاهدا » والمعاهد هو الرجل من اهل دار الحرب يدخل دار الاسلام بامان فيحرم على المسلمين قتله بلا خلاف بين اهل الاسلام حتى يرجع الى مأمنه ويدل على ذلك قوله تعالى « وان احدا من المشركين استجارك فاجره حتى يسمع كلام الله ، ثم ابلغه مأمنه » ٠ (نيل الاوطار ج٧ ص١٤ ـ ١٥) ٠

المسلم به وان كان مؤمناً .

٧١٥٩ ـ فاذا خرج من الخبر هذا واللفظ يمنع منه حمل اصحابنا الخبر على المسلم اذا قتل الكافر الحربي ، لانه عليه السلام قال :

(ولا ذو عهد في عهده)[١] والكافر الذي لا يقتل به ذو العهد هو الكافر الحربي ، وكذا المؤمن الذي لا يقتل بالكافر مثله لانه معطوف عليه .

وقد روى انه عليه السلام اقاد مسلما بذمي[٢] .

وقال (انا اولى من وفى بذمته) ولانهما تساويا في الحرية وحقن الدم على التأبيد ، وليس بينهما ابوة ولا ملك ، والقتل عمداً يوجب القصاص لانه بهذه الاوصاف يجب القتل على المسلم للمسلم والذمي للذمي .

وقد روى عن ابي يوسف انه رجع عن ذلك ، وفيه بيت شعر :

جار ابو يوسف في حكمه بقتله المسلم بالكافر

---

(١) حديث لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهد رواه احمد وابو داود (نيل الاوطار ، ج٧ ص١٠) .

(٢) جاء في نيل الاوطار (ج٧/١٢) ذهب الشعبي والنخعي وابو حنيفة واصحابه الى انه يقتل المسلم بالذمى ، واستدلوا بقوله في حديث علي وعمرو بن شعيب « ولا ذو عهد في عهده » . وجاء فيه ايضا (ج٧ ص١٣) ومن جملة ما احتج به القائلون بان يقتل المسلم بالذمي عموم قوله تعالى النفس بالنفس « يجاب بانه مخصص باحاديث الباب ومن ادلتهم ما اخرجه البيهقي من حديث عبدالرحمن بن البيلماني « ان رسول (ص) قتل مسلماً بمعاهد » ، وقال « انا اكرم من وفى بذمته » واجيب عنه بانه مرسل ، ولا تثبت بمثله حجة . وبأن ابن البيلماني المذكور ضعيف لا تقوم به حجة اذا وصل الحديث ، فكيف اذا ارسله كما قال الدارقطني .

فصــــل

قتل الحر بالعبد

٧١٦٠ - والحر يقتل بالعبد عندنا اذا كان عبداً لغيره ولا يقتل بعبد نفســـه •

٧١٦١ - وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد في كل حال الحر بالحر وقد قابل العبد بالحر وجعله بازائه في الاستيفاء ، واجمعنا على ذلك ولان العبيد يحتاج الى زاجر عن قتلهم كما يحتاج في ذلك الحر •

فصــــل

قتل الذكر بالأنثى

٧١٦٢ - ويقتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر عندنـا وهو قول الشافعي وعامة الفقهاء •

٧١٦٣ - وحكى ابو موسى في مختصره(*) ان من الناس من قال لا يقتل حتى يغرمه اولياء المرأة تمام الدية يعنى دية الحر القاتل ، وقال آخرون لا يقتل بحال •

٧١٦٤ - وعندنا ان النفوس متكافئة الصحيح والسقيم والحر والعبد

(*) ورددت الاشارة في تكملة تأريخ الطبري للمهداني (ص١٤٤ و ١٤٧) الى محمد بن عيسى المعروف بابن ابي موسى الضرير وانه ولى القضاء بالجانب الغربي من بغداد في خلافة المستكفي سنة ٣٣٣هـ ، وورد ان القضاء بالجانب الشرقي كان الى عبدالله بن ابى موسى الهاشمي فدخل عليه اللصـــوص في شهر ربيع الآخر فاخذوا ماله وقتلوه •

والصغير والبالغ والذكر والانثى لقوله تعالى (النفس بالنفس)[1] وقول النبي صلى الله عليه وسلم (العمد قود)[2] ولاجل العلة التي تقدمت لها •

فصـــــل

٧١٦٥ ـ ولا يقتل الوالد بولده عندنا ، وهو قول الشافعي [واحمد][*] •

٧١٦٦ ـ وقال مالك الا النفحة بالسيف[3] وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (لا يقتل والد بولده) ولقياس يوجب ان يقتل به لولاالسنة •

فصـــــل

قتل الجماعة بالواحد

٧١٦٧ ـ وتقتل الجماعة بالواحد ولا غرم عليه لمن بقى ، وقد قال عمر بن الخطاب (رض) : (لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم به) •

٧١٦٨ ـ وهو قول الشافعي ومالك •

وقال بعض الفقهاء ، يقتل به واحد من الجماعة ويقترعون فمن وقعت عليه القرعة قتل •

---

(١) المائدة (٥/٤٥) •

(٢) في سنن النسائي (٨/٤٠) في باب من قتل بحجر أو سوط عن ابن عباس • من قتل عمدا فقود يده ، فمن حال بينه وبينه فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل •

(*) الافصاح لابن هبيرة (٢/٣٧٥) •

(٣) في الافصاح لابن هبيرة (٢/٣٧٥) قال مالك (اذا قتل الاب ابنه) يقتل به اذا كان قتله له بمجرد القصد كاضجاعه وذبحه فان حذفه بالسيف غير قاصد لقتله فلا يقتل به • والجد في ذلك عنده كالاب • أهـ • والنفح هو الضرب والرمي (لسان العرب) •

٧١٦٩ ـ والقرعة لا توجب القتل على من لا قتل عليه •

٧١٧٠ ـ وقال بعض الفقهاء عليهم دية لمقتول •

فصـــل

القتل بالجماعة

٧١٧١ ـ وعندنا يقتل بالجماعة ، وقال الشافعي يغرم ديات من بقى من العبيد ، ان كان القاتل حراً وان كان عبداً قتل بالجماعة ولا غرم على المولى ، ولانهم ساووه اذا قتلوه فساواهم اذا قتلوا به كالواحد مع الواحد •

فصـــل

قتل الولد بالوالد إلخ

٧١٧٢ ـ واتفق الجميع على ان الواحد يقتل بالجماعة وان الولد يقتل بالوالد والعبد بالحر والكافر بالمسلم والمرأة بالرجل •

فصـــل

من لا قصاص بينهم

٧١٧٣ ـ واتفق اصحابنا على ان القصاص لا يجرى بين الاحرار والعبيد في الاطراف ولا بين النساء والرجال والواجب في ذلك الاروش والديات •

٧١٧٤ ـ وقال الشافعي كل محصنين جرى القصاص في النفس فانه يجرى في الطرف واعتبر الاطراف بالنفوس •

فصـــل

ما تجب فيه الكفارة بدلاً من القصاص

٧١٧٥ ـ واتفق الجميع على انه لا يقطع الصحيح بالاشل ولا الكامل الا صابع بالناقص ، ويقتل الصحيح بالزمن وبالمقطوع الاطراف وان حرمة النفس آكد وحكمها اعظم وتجب الكفارة •

فصـــــل

ما لا كفارة فيه

٧١٧٦ ـ ولا يجب بقطع طرف كفارة ولا قسامة •

فصـــــل

لا يقطع عضوان بعضو

٧١٧٧ ـ وقال اصحابنا ، ولا يقطع يدان بيد ، ولا تفقأ عينان بعين ولا تقطع رجلان برجل •

٧١٧٨ ـ وقال الشافعي اذا لم يتميز الفعل قطعت اليدان بالواحدة ، وكذلك سائر الاطراف وقال : لو قطع كل واحد جانبا حتى التقيا فلا قصاص عليهما وتجب الدية كما نقول •

فصـــــل

عدم مضاعفة الدية

٧١٧٩ ـ واتفق الجميع على انه لو كان ذلك خطأً كان الواجب دية واحدة لا ديتين •

فصـــــل

المكرِه والمكرَه

٧١٨٠ ـ ويجب القصاص على المكرِه ولا يجب على المكرَه عند ابي حنيفة ومحمد •

٧١٨١ ـ وقال زفر يجب عليها جميعا ، وهو احد قولي الشافعي •

٧١٨٢ ـ وقال ابو يوسف لا قصاص •

٧١٨٣ ـ وزفر يقول الاكراه لم يبح الفعل فهو كالمختار ، وابو حنيفة

يقول في بعض الطرق عنه انه آلة للمكره في الفعل ، وفي بعضها ينقل الفعل اليه •

٧١٨٤ ـ والصحيح ان الاكراه لنفسه معصية يجب به القتل اذا اتصل به القتل •

فصـــــل

اشتراك العامد والمخطىء

٧١٨٥ ـ واذا اشترك العامد والمخطىء في القتل فالقصاص على العامد لانه نفس خرجت بخطأ وعمد فهو يشبه العمد ، وهو قول الشافعي •

٧١٨٦ ـ وقال مالك ، يجب على المتعمد فعله لا فعل الغير •

فصـــــل

٧١٨٧ ـ واذا اشترك الاب والعامد في قتل الولد فلا قصاص على الاجنبي لان فعل الاب لا يتعلق به القصاص فهو كالخطأ •

٧١٨٨ ـ وقال الشافعي يجب على الاجنبي القود •

٧١٨٩ ـ وكذلك الخلاف لو جرحه وجرحه السبع أو جرح نفسه على الخلاف •

فصـــــل

اللجوء إلى الحرم

٧١٩٠ ـ ومن قتل خارج الحرم ثم لجأ اليه لم يقتل عندنا •

٧١٩١ ـ وقال الشافعي يقتل •

٧١٩١ ـ واتفقوا على انه لو قتله وهو حربي ثم اسلم انه لا يقتل •

٧١٩٣ ـ واتفقوا على انه يستوفى في الطرف في الحرم وسائر الحقوق •

٧١٩٤ ـ واتفقوا على انه لو قتل في الحرم قتل فيه ، لانه فعل فيه مثل ما فعل •

فصل

استيفاء القصاص لمن؟

٧١٩٥ ـ ويثبت استيفاء القصاص لكل وارث عندنا •

٧١٩٦ ـ وقال الشافعي للرجال والنساء •

٧١٩٧ ـ وقال مالك لا حق للنساء في القصاص وذلك في الرجال[1]•

٧١٩٨ ـ لانهن يرثن المال كالرجال •

فصل

عفو أولياء الدم

٧١٩٩ ـ ولو عفا احد اولياء الدم من رجل او امرأة سقط القصاص ، ولمن بقى من الاولياء حصته من الدية وليس له ان يقتص •

٧٢٠٠ ـ وقال مالك ، لمن لم يعف ان يقتص وجعل ذلك كولاية النكاح لكل ولي ان يزوج وبقولنا قال عمر وابن مسعود (رض) •

٧٢٠١ ـ لانه نفس احيى بعضها •

---

(١) رأي مالك اقرب الى تصوير العرف قبيل الاسلام كما كان مألوفاً في المدينة حيث أخذ بما جرى عليه العمل في المدينة ، والعرف العربي يصدر عن نظام حصر السلطة في رب الاسرة والعصبات من الرجال •

اما الرأي الآخر فيصدر عن تصوير جديد ينظر فيه الى الميراث والى ما تقرر في الشرع الاسلامي من مساواة الرجل والمرأة في الحقوق ، والظاهر ان هذه المسئلة لم تحدث فيها سابقة في زمن البعثة النبوية ، اي لم تقع حادثة طلب فيها القصاص النساء دون الرجال ، ولو كان شيء من ذلك قد وقع لرويت سنة تقطع النزاع •

فصـــل

عفو المجروح

٧٢٠٢ ـ ولو عفى المجروح عن الجناية ثم مات سقط القصاص ، لانه اسقط الحق مع وجود سببه •

فصـــل

العفو عن الوارث

٧٢٠٣ ـ ولو عفى عن الوارث فالقياس ان العفو باطل لانه عفى قبل ثبوت حقه فهو كالشفيع اذا اسقط حقه قبل البيع •

٧٢٠٤ ـ وفي الاستحسان ان العفو جائز لان حقه قد تعلق في مرضه ولهذا صح عقده لاجل الوارث فيما زاد عن الثلث •

فصـــل

سقوط الدية

٧٢٠٥ ـ واذا اسقط القصاص بالعفو هل تسقط الدية ام لا ؟ فقد قالوا ان كان عفى عن الشجة ثم صارت نفسا فعليه الدية في قولهم جميعا ، وان كان عفى عنها وما يحدث منها أو عن الجناية فقد اختلف في ذلك فمنهم من قال عفوه قبل ثبوت الحق ، وقد كان القياس ان يجب القصاص ، وانما سقط بشبهه والدية تثبت مع الشبهة •

فصـــل

جناية الثاني

٧٢٠٦ ـ واذا قطع رجل يد آخر عمدا من الزند ثم جاء آخر وقطعها من المرفق ثم مات المجني عليه فالقصاص على الثاني عند اصحابنا الا زفر

وقد قال الشافعي يقتلان جميعا • لان جناية الثاني ازالة عين الاولى فسقط حكمها والانسان لا يتألم بما فات •

فصـــل

ما يجب القصاص به

٧٢٠٧ ـ ويجب القصاص في اليد والرجل والعين وفي اصابع اليد والرجل اذا ما اثبتت[١] في ذلك ولا نعلم في ذلك خلافاً ٠

فصـــل

الاقتصاص من العين

٧٢٠٨ ـ والعين اذا اراد ان يقتص منها تشد الصحيحة التي لا قصاص فيهـا ويجعل بازاء العين التي فيها القصـاص مرآة محماة وتقابل بها حتى يذهب ضوءها ٠

فصـــل

الأذن الصماء

٧٢٠٩ ـ وفي الاذن الصماء القصاص ٠

فصـــل

السن

٧٢١٠ ـ والســن اذا قلعت عندنا يستأني بهـا حولا فان ثبتت فلا قصاص فيها واذا لم تثبت ففيها القصاص ، وتبرد بالمبرد اذا كسـرت وتقلع اذا قلعت ٠

فصـــل

العين

٧٢١١ ـ والعين اذا قورت واخرج لحمها يفعل بالجاني مثل ذلك لانا لا ندري كم اخذ من باطن العين من اللحم ٠

---

(١) في نسخة المعهد (اما علة) ٠

فصل

لا قصاص على المقتص

٧٢١٢ ـ ومن قطع يد انسان فاقتص منه فمات من القصاص لا قصاص على المقتص له باتفاق[1] •

فصل

لا دية على المقتص

٧٢١٣ ـ واختلف في الدية فقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه كما لا شيء على الامام اذا قطع السارق •

٧٢١٤ ـ وقال ابو حنيفة تجب دية النفس لانه استوفى غير حقه ، وروى عنه يجب نصف الدية •

فصل

وفاة المقتص قبل قطع يد الجاني

٧٢١٥ ـ واتفق الجميع على ان المقتص لو مات بعد قطع يد الجاني فان كان استوفى قبل البرء وجب القصاص على الجاني ، لان الجناية صارت نفساً •

فصل

قطع يمنى رجلين

٧٢١٦ ـ ومن قطع يمنى رجلين فانه تقطع يده لهما ويغرم الدية فتكون بينهما •

٧٢١٧ ـ وقال الشافعي يقطع للاول منهما ، ويغرم دية اليد للثاني ، وهو حجة في القصاص له ان يغرم لمن بقى •

---

(١) الجواز الشرعي ينافي الضمان •

فصـــــل

يد القاطع شلاء

٧٢١٨ ـ وان قطع يد رجل ويد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع ، فالمجنى عليه بالخيار ان شاء اخذ الدية وان شاء اخذ اليد الناقصة •

٧٢١٩ ـ وقال الشافعي ، له ان يقطع ويأخذ ارش ما فات من الاصابع• وروى عنه انه تجب نصف الدية •

٧٢٢٠ ـ لان التساوي يجب في الاطراف لان فيها معي المال فاذا لم يجد نفس حقه بكماله ثبت له الخيار في اخذ الناقص •

فصـــــل

اليد المقطوعة شلاء

٧٢٢١ ـ ولو كان القاطع صحيح اليد والمقطوع اليد ناقص الاصابع أو يده شلاء فانه يلزمه دية ما فيها من الاصابع عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف انه لا يلزمه دية الاصابع وحكومة عدل فيما قطع من الكف ويجب عليه دية اليد وحكومه عدل •

فصـــــل

قطع يد من نصف الساعد

٧٢٢٢ ـ ومن قطع يد رجل من نصف الساعد فلا قصاص في ذلك عليه وعليه دية اليد وحكومة فيما قطع من الذراع ، وقد روى عن ابي يوسف ان عليه دية اليد خاصة •

فصـــــل

للوصي استيفاء القصاص

٧٢٢٣ ـ واتفق اصحابنا على ان للوصي ان يستوفى القصاص

للصبي فيما دون النفس ، وليس له ان يستوفى في النفس ، فلو قتل عبد اليتيم أو وليه فليس له ان يقتص عندهم ٠

٧٢٢٤ ـ وقال بعض اصحابنا ان القياس ان يقتص في الجميع ٠

فصـــل

للأب أن يقتص

٧٢٢٥ ـ وقالوا في الاب له ان يقتص في النفس والطرف وفي العبد التي تقتل لولده الصغير ٠

٧٢٢٦ ـ وقال الشافعي الاب والوصي في ذلك سواء فلا يستوفى قصاص في نفس ولا طرف لانه اتلاف حق على الصغير ، ونحن نقول استيفاء حق للصغير يجوز ان يستوفى بالغير في حق البالغ كالمال ٠

فصـــل

قتل بلا وارث

٧٢٢٧ ـ ومن قتل ولا وارث له فالامام بالخيار ان شاء اقتص له ، وان شاء اخذ الدية وليس له ان يعفو ، هكذا حكم عثمان بن عفان في عبدالله بن عمر حين قتل الهرمزان الذي اتهم بقتل ابيه ٠

فصـــل

ثبوت القصاص لصغير وكبير

٧٢٢٨ ـ واذا ثبت القصاص لصغير وكبير فللكبير ان يستوفى القصاص قبل بلوغ الصغير عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي ليس له ذلك حتى يجتمعا على القصاص بعد البلوغ لان الحق ثبت لمعين لم يتم استيفاؤه(١) ٠

---

(١) تفرقه بين ثبوت الحق نفسه وبين ثبوت الحق في الاستيفاء وبعبارة اخرى بين المديونية والمسؤولية ٠

فصـــل

بعض الورثة غائب

٧٢٢٩ ـ واتفق الفريقان على انه لو كان بعض الورثة غائبا ليس للحاضر ان يقبض مع غيبته وعن مالك ، الغائب والصغير سواء ، ويستوفى القصاص بناء على اصلنا ان لكل واحد ان يستوفى القصاص منفردا •

فصـــل

قطع عضو ناقص

٧٢٣٠ ـ واتفق اصحابنا على ان من قطع لسان الاخرس أو ذكر العنين أو قلع العين العوراء أو السن السوداء أو رجل طفل لم يمش فانه لا قصاص في ذلك اذا كان عمدا ولا دية اذا كان خطأ وفي جميع ذلك حكومة عدل •

فصـــل

القتل بالإلقاء من شاهق والخنق إلخ

٧٢٣١ ـ ولو نكس رجل رجلا من شاهق أو خنقه أو غرقه في ماء فعليه الدية ولا قصـاص عليه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسـف ومحمد والشافعي في ذلك القصاص اذا كان بحيث لا ينجو فيه •

٧٢٣٢ ـ وقال ابو حنيفة ان وجد الخناق يخنق في المصر وتكرر منه فان الامام يقتله دون اولياء المخنوق •

فصـــل

ثبوت القصاص بين اثنين

٧٢٣٣ ـ واذا ثبت القصاص بين اثنين في مملوك لها واحدهما صغير والآخر كبير فمن اصحابنا من حكى عن ابي حنيفة ان ذلك والمسألة المتقدمة

سواء فللكبير ان يقتص عند الحنفية ، ومنهم من قال ليس للمولى الكبير ان يقتص في الملك وهو بخلاف الولي سمعت هذا من شيخنا قاضي القضاة في درس هذه المسئلة .

٧٢٣٤ ـ ولم ار منصوصاً في القصاص في الطرف اذا ثبت لصغير وكبير هل للكبير ان يستوفى ، ولعل فيه نص لم اره ولا بلغني .

٧٢٣٥ ـ وعند ابي يوسف ومحمد لا اشكال انه لا يستوفى حتى يبلغ الصغير ، والا ظهر عندي على اصل ابي حنيفة انه لا يستوفى الا ان يكون الشريك في ذلك اب أو وصي[١] ، فان كان ممن لا يتصرف على الصغير فلا يستوفى ذلك .

فصــــل

لا قصاص في الشجاع

٧٢٣٦ ـ ولا قصاص في شيء من الشجاج الا الموضحة فانه يقتص بقدرها اذا كانت عمدا .

فصــــل

لا قصاص في كسر عظم

٧٢٣٧ ـ ولا قصاص في كسر عظم ولا هشمه .

وسنذكر في الديات حكم الشجاج لان ذكرها هناك أليق .

فصــــل

الأنامل

٧٢٣٨ ـ ومن له انملتان فجاء رجل له ثلاثة انامل فقطع العليا من

---

(١) في النسختين (أب للوطىء) والسياق يقتضي ما اثبتناه .

الانملتين فلا قصاص عليه ، ولو ذهبت انملته العليا استوفى القصاص من الوسطى لان الجناية على وقوعها غير موجبة القصاص •

فصـــــل

قطع إصبعاً فشلت أخرى

٧٢٣٩ ـ ومن قطع اصبع رجل عمدا فشـلت اخرى الى جنبها من القطع سقط القصاص ووجب دية الاصبعين عند ابي حنيفة •

وقالا وقال الشافعي يقتص في المقطوعة ويجب أرش التي شلت •

٧٢٤٠ ـ لان الجناية الواحدة اذا وجب بها ارشان سقط القصاص كما لو كانت الجناية خطأ •

فصـــــل

قطع يمين رجلين

٧٢٤١ ـ واذا قطع رجل يميني رجلين فعفا احدهما فهو على ثلاثة اوجـه :

اما ان يعفو قبل قضاء القاضي واستيفاء الدية أو يكون العفو بعد القضاء وقبل استيفاء الدية أو بعد القضاء واستيفاء الدية •

فان كان قبل قضاء القاضي فلمن لم يعف قطع يده في قولهم جميعا •

وان كان بعد القضاء قبل الاستيفاء فهو مثل الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز ان يقتص ، ولكن يأخذ ارش اليد •

واما ان كان بعد القضاء واستيفاء الدية فعند ابي حنيفة وابي يوسف يجب القصاص للآخر في القياس ولكنهما استحسنا وقالا لا قصاص لكن يأخذ تمام دية اليد •

وهو قول محمد وكذلك لو اخذ به رهنا[1] .

فصـــل

العفو بعد القطع

٧٧٤٢ ـ ومن وجب له قصاص في نفس أو قطع (فقطع) الولي يد الجاني ثم عفى عنه فعليه دية اليد عند ابي حنيفة .

٧٧٤٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء عليه ، وهو قول الشافعي، ولان العفو للسيد الى حين الجناية فيكون اخذ طرفا ليس له اخذه .

فصـــل

عفو أحد الوليين

٧٧٤٤ ـ واذا عفى احد الولين عن القصاص ثم قتل الآخر بعد ذلك وهو لا يعلم بالعفو او علم ولكن لم يعلم انه قد حرم عليه القتل فلا قصاص عليه .

وان كان يعلم بالتحريم فعليه القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد .

٧٧٤٥ ـ وقال زفر عليه القصاص في الاحوال كلها .

٧٧٤٦ ـ وقال مالك ، لا قصاص عليه في الاحوال كلها .

فصـــل

٧٧٤٧ ـ وتجب الدية عليه لانه قتل من لا حق له في قتله ويسقط من ذلك مقدار حقه في الدية .

---

(١) في نسخة (ق) : رضا .

(٢) في نسخة المعهد : يستند .

فصـــل

قطع يده ثم قتله

٧٧٤٨ ـ ومن قطع يد رجل عمدا ثم قتله قبل ان يبرأ من اليد فعند ابي حنيفة للمولى ان يقطع يده ثم يقتله ان شاء •

٧٧٤٩ ـ وقال ابو يوسف ومحمد له ان يقتله وليس له القطع ، وان كان برأ من القطع فله القطع والقتل في قولهم جميعاً •

فصـــل

٧٧٥٠ ـ ولو كان قطع يده خطأ ثم قتله خطأ فان كان قبل البرء فعليه دية واحد وان كان بعد البرء فعليه دية النفس ودية اليد في قولهم جميعاً لان جناية اليد استقرت بالبرء •

فصـــل

قطع يده خطأ وقتله عمداً

٧٧٥١ ـ ولو قطع يده خطأ وقتله عمدا فعليه دية اليد في قول زفر •

٧٧٥٢ ـ وقال ابو يو سف ليس عليه دية اليد الا ان يبرأ ، وكذلك ان قطع عمدا ثم قتل خطأ •

فصـــل

موت من قطع إصبعه عمداً ثم قطع كفه خطأ

٧٧٥٣ ـ ولو قطع رجل اصبع رجل عمدا ثم قطع آخر كفه خطأ ثم مات فلا قصاص على واحد منهما وعلى كل واحد نصف الدية عند زفر •

٧٧٥٤ ـ وقال ابو يوسف يقتص من الاصبع ، وعلى عاقلة الآخر (الديـة) •

٧٢٥٥ - لان جناية الاول استقرت بالقطع فهو كالبرء •

فصـــل

قتل كل من أبوين ابن الآخر

٧٢٥٦ - ولو ان ابوين قتل كل واحد منها ابن الآخر وكل واحد منهما وارث الآخر فجاءا الى الحاكم وطلب كل واحد القصاص •

٧٢٥٧ - قال ابو يوسف لا قصاص وقد سقط عنهما لان كل واحد منهما يلزم في حال ويدرأ في حال •

٧٢٥٨ - وقال زفر للامام ان يبدأ بايهما شاء فيقتله ويبطل قصاص الثاني لانه ورث دم نفسه •

فصـــل

قطع عمداً ثم ارتد

٧٢٥٩ - ومن قطع يد رجل عمدا ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم مات أو قتل فعلى القاطع دية اليد ولا قصاص عليه ، لانه طرأ على الجناية ما يمنع القصاص فاسقطه •

ولو رجع الى الاسلام ثم مات من ذلك فعلى القاطع دية النفس عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الجناية صارت نفسا ولذا سقط القصاص لانه سقط بالرق فلا يعود •

فصـــل

٧٢٦٠ وقال محمد بن الحسن تجب دية اليد •

فصـــل

قلع سن دفاعاً عن النفس

٧٢٦١ - ولو عض رجل يد رجل فجذب المعضوض يده فقلع سنه

فلا قصاص عليه في السن ولا دية لانه في حكم الدافع عن نفسه فلا يلزمه ضمان والله اعلم[١] •

٧٢٦٢ ـ ومن رمى غيره بسهم فقتله فعليه القصاص وهو كالعمد يقتل به اذا كان ذلك بحديد لان ما يتولد من اعتماد القوس فهو في حكم فعل الفاعل لانه عنه تولد القتل[٢] •

فصـــل

٧٢٦٣ ـ وعلى من رمى عبدا فاعتقه مولاه قبل ان يصيبه السهم بعد الرمي قيمته لا دية حر •

٧٢٦٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد عليه قيمته مرميا الى غير مرمى ولو كان قطع يد عبده فاعتقه مولاه فعلى القاطع ارش اليد ان مات من ذلك لمولاه ، وان كانت الجناية عمدا فان كان المولى هو الوارث فله ان يقتل الجاني وان كان الوارث سواه أو شريكه فعلى القاطع ارش اليد للمولى ولا شيء عليه سوى ذلك وعتاقه كبرئه من الجناية ، وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف •

---

(١) هذه القاعدة تستند الى قضاء مروى لرسول الله (ص) ففي صحيح مسلم (١١/١٥٩) عن عمران بن حصين قال : قاتل يعلى بن امية رجلا فعض احدهما صاحبه فانتزع يده من فمه فنزع ثنيته فاختصما الى النبي (ص) فقال : « ايعض احدكم كما يعض الفحل ؟ لا دية له » •

وفي سنن النسائي عن عمران بن حصين ايضا ان رجلا عض يده فانتزع يده فسقطت ثنيته أو قال ثناياه فاستعدى عليه رسول الله (ص) فقال له رسول الله (ص) :

ما تأمرني ؟ تأمرني ان آمره ان يدع يده في فيك تقضمها كما يقضم الفحل ؟! ان شئت فادفع اليه يدك حتى يقضمها ثم انتزعها ان شئت الخ •

(٢) اشارته الى التولد من صميم قضايا السببية في المسؤولية الجنائيــة •

٧٢٦٥ - وقال محمد لا قصاص عليه في الوجهين جميعا ولا شيء عليه سوى ارش اليد ، وهو قول زفر ، وذكر المسئلة الطحاوي في مختصره •

فصـــــل

٧٢٦٦ - ومن رمى مسلما فارتد قبل اصابه السهم فعليه الدية في قول ابي حنيفة •

٧٢٦٧ - وقال أبو يوسف ومحمد لا شيء عليه •

فصـــــل

٧٢٦٨ - ولو رماه وهو مرتد فاسلم واصابه السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً اعتبروا حال الرمي •

فصـــــل

باب نذكر فيه مسائل من الرمى

٧٢٦٩ - وقالوا لو رمى صيدا ثم احرم واصابه السهم فلا جزاء عليه عندهم جميعا •

٧٢٧٠ - ولو رماه وهو في الحل واصابه السهم في الحرم فعليه الجزاء في الاستحسان والقياس ان لا جزاء عليه •

فصـــــل

٧٢٧١ - واتفق الجميع ان الرجل لو رمى عبدا فاصابه السهم ثم اشتراه ثم مات من الرمية انه لا قصاص عليه ، وان كان عبدا عند الرمي ولا يرجع على البائع بشيء •

٧٢٧٢ - وهذا الذي ذكرناه من طرائف مسائل الجنايات وهو كتاب كبير ، وقد بينا حكم ما يجب به القصاص فبقى حكم ما تجب به الدية •

كتاب الديات

٧٢٧٣ ـ وهذا كتاب الديات[1] .

قال الله تعالى « وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمناً الا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ، ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً »[2] .

فصـــــل

٧٢٧٤ ـ فقد دلت الآية على وجوه من الفقه منها جواز الاستثناء من الكلام العام ودخول التخصيص عليه .

٧٢٧٥ ـ وقد قال بعض اهل العلم ان قوله عز وجل « الا خطأ » ان المراد بذلك ولاخطأ ، وهذا خطأ لأن المخطىء والناسي لا يدخلان تحت الخطاب .

ومنهم من قال في الكلام اضمار محذوف تقديره : الا وهو اثم في قتله ، الا خطأ فلا اثم عليه .

فصـــــل

٧٢٧٦ ـ ومنها ان اسم القتل يقع على المخطىء والعامد ويسمى مع الخطأ ، قاتلا كما يسمى مع العمد ، ودلت الآية على وجوب عتق الرقبة بقتل الخطأ فلو كان العمد مثل الخطأ في الكفارة لبطل فائدة ذكر الخطأ

---

(١) الدية عوض الجناية على النفس أو العضو . وقد عرف هذا الضرب من التعويض لدى اكثر الشعوب القديمة بعد ان خفت وطأة الاخذ بالثأر .

(٢) النساء (٤/٩٢) .

فدل ذكر الخطأ على ان العمد لا كفارة فيه .

٧٢٧٧ ـ وقال الشافعي في العمد الكفارة الواجبة في الخطأ لانها اذا وجدت في الخطأ ففي العمد بالطريق الاولى ، لانه يستعمل في الاعلى فيثبت به في الادنى كمن هو امين على القنطار فهو امين على الدينار ، اولى ، ومن هو امين على دينار فلا يجب ان يكون امينا على القنطار والتأفيف[١] يدل على منع الضرب ومنع الضرب لا ينفى التأفيف ، ولما صح طريق الاول لعظم المأثم في العمد منع ذلك عن الخطأ .

فصـــل

لا يعتق الكافر في القتل

٧٢٧٨ ـ ودلت الآية على ان عتق الكافر لا يجوز في القتل لانه شرط الايمان في ذلك ولو جاز لبطل شرط الايمان .

فصـــل

٧٢٧٩ ـ ودلت الآية على ان كل من يقع عليه اسم مؤمن انه يجزى في ذلك ويدخل في ذلك الصغير والكبير والذكر والانثى لوقوع الاسم عليه .

فصـــل

تسلم الدية

٧٢٨٠ ـ ودلت الآية على وجوب تسليم الدية الى ولي المقتول .

فصـــل

٧٢٨١ ـ ودلت الآية على سائر الاهل سواء فيدخل في ذلك المرأة والزوجات ، خلاف ما قال مالك ان المرأة لا ترث من دية زوجها وترث

---

(١) اشارة الى قوله تعالى « ولا تقل لهما اف » .

مما سوى ذلك ، وقد ورث النبي صلى الله عليه وسلم امرأة اشيم الضبابي[٢] من دية زوجها ، وهو قول الشافعي وعامة الفقهاء •

فصـــــل

٧٢٨٢ ـ ودلت الآية على جواز تسليم الجاني الدية وتسليم الحاكم ومن سواه من الناس اذا سلم الى اهله ، لانه لم يذكر المتسلم من هو •

فصـــــل

أخذ الدية من العاقلة

٧٢٨٣ ـ ودلت الآية على جواز أخذ الدية من العاقلة لان التسليم يصلح بهم •

فصـــــل

عتق الرقبة بالوكيل

٧٢٨٤ ـ ودلت على جواز عتق الرقبة بالوكيل عن القاتل ، ومن قال له اعتق عبدك عني بالف ففعل ذلك •

٧٢٨٤ ـ ودلت على جواز الصدقة بالديـة من اهل المقتول ، وانـه لا يجب ان يستوفوا ذلك •

فصـــــل

العفو عن الدية صدقة

٧٢٨٥ ـ ودلت على ان العفو عن الدية يسمى صدقة •

---

(٢) في اسد الغابة (جـ١ ص٩٩) : « ان عمر كان يقول : الدية على العاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها حتى اخبره الضحاك بن سفيان الكلابي ان رسول الله (ص) كتب اليه ان ورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها • قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح » ، وكان قتل اشيم خطأ •

فصـــل

جواز إقامة المؤمن بين الأعداء والكفار

٧٢٨٦ ـ ودلت على ان يجوز ان يكون المؤمن مقيما بين من هو عدو وهو من الكفار •

فصـــل

الخروج من الأمان

٧٢٨٧ ـ وذلت على انه لا يخرج من الامان بمقامه بينهم •

فصـــل

الكفارة بقتلى المؤمن في دار الحرب

٧٢٨٨ ـ ودلت الآية على وجوب الكفارة بقتلى المؤمن في دار الحرب، وانه في الكفارة مثل المقيم في دار الاسلام •

فصـــل

قتل المؤمن المقيم بين العدو عمداً

٧٢٨٩ ـ ودلت الآية على انه لا يقتل ان قتله عمدا لانه ذكر الكفارة دون القصاص والدية •

٧٢٩٠ ـ وقال الشافعي يقتل في العمد في احد قوليه •

٧٢٩١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يقتل في العمد ويجب بقتلـه الكفارة والدية والآية تنفى ذلك كله ، ولو وجبت الدية لم يكن لقوله تعالى « بينه وبين » للمعاهد معنى ، وقد فرق الله تعالى بينهما في ذلك •

فصـــل

٧٢٩٢ ـ ودلت الآية على ان المقتول ان كان من قوم بيننا وبينهم ميثاق ان ديته وكفارته لازمة •

فصـــل

٧٢٩٣ ـ ودلت الآية على انه لا فرق بين ان يكون المقتول مؤمناً أو من اهل العهد لانه عم ولم يخص •

٧٢٩٤ ـ ومن اهل العلم من قال الكناية ترجع الى من هو مؤمن دون الكافر لانه المذكور في اول الآية •

فصـــل

الصوم أولى من العتق

٧٢٩٥ ـ ودلت الآية على ان الصوم اولى من العتق فانه لا يجوز مع القدرة عليه •

فصـــل

الإطعام لا يجزى في القتل

٧٢٩٦ ـ ودلت الآية على أن الاطعام لا يجزى في القتل ولا يثبت بدلا من الصوم عند العجز خلافاً لما قاله الشافعي انه يثبت ذلك قياساً على كفارة الظهـار •

فصـــل

أنواع الخطأ

٧٢٩٧ ـ والخطأ على ثلاثة اوجه :

احدها بان يرمى عَرَضا فيصيب انسانا •

٧٢٩٨ ـ والثاني ان يقتل رجلا يظن انه من اهل الكفر والردة فتبين انه مؤمن •

٧٢٩٩ ـ والثالث ان يضربه بآلة لا يقتل بمثلها في الغالب كالضربة بالسوط والعصا الصغيرة فهذا كله خطأ وتجب فيه الدية والكفارة •

باب معرفة دية الخطأ على من تجب وعمن تسقط •

٧٣٠٠ ـ اعلم ان الدية تجب عندنا بقتل كل نفس لها حرمة ، وكل من يجب بقتله الكفارة يجب بقتله الدية فالكفارة تدل على حرمة المقتول •

فصـــل

اختلاف الدية باختلاف الذكورة والأنوثة

٧٣٠١ ـ والدية عندنا انما تختلف بالرجل والمرأة ، فسائر الرجال الذكور في ذلك سواء اذا كانوا احرارا مسلمين كانوا أو من اهل الذمة أو معاهدين ، والصغير والكبير في ذلك سواء والعاقل والمجنون في ذلك سواء •

٧٣٠٢ ـ والنساء على النصف من ذلك •

٧٣٠٣ ـ وقال الشافعي ، دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم والنساء على النصف من ذلك ودية المجوسي ثلث دية الكتابي •

٧٣٠٤ ـ وقد اتفق الجميع على انهم في الكفارة سواء •

فصـــل

الدية لا تختلف

٧٣٠٥ ـ وقد دلت الآية على ان الدية[1] لا تختلف •

٧٣٠٦ ـ وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم في النفس مائة من الابل[2] ، وعندنا هم في القصاص سواء فكذلك الدية •

---

(١) في نسخة (ق) : الذمة ، وفي نسـخة المعهد قريب من ذلك والصواب ما ذكرناه على ما يظهر •

(٢) في الالمام لابن دقيق العيد (ص ٤٤٨) ان هذا الحديث ورد في

←

فصـــــل

دية الخطأ أخماس

٧٣٠٧ ـ وعندنا الدية في الخطأ اخماس[١] وهي مائة من الابل منها عشرون بنت محاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة • هكذا روى حنيفة بن مالك[*] عن عبدالله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال احسب انه جعل الدية في الخطأ اخماساً •

٧٣٠٨ ـ وقال الشافعي تكون ارباعاً وليس فيها ابن مخاض •

٧٣٠٩ ـ وهو قول علي بن ابي طالب رضي الله عنه ، خمس وعشرون من كل صنف مما ذكرناه[٢] •

←

الكتاب الذي كتبه النبي (ص) لعمرو بن حزم في العقول • وانظر سبل السلام ٣/٢٤٤ • وجاء في بداية المجتهد (٢/٣٤٠) « خرج أبو داود عن عمرو بن سعيد عن ابيه عن جده ان رسول الله (ص) قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ، ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشر بنو لبون ذكر • قال ابو سليمان الحطابي : هذا الحديث لا اعرف احدا من الفقهاء المشهورين قال به » وجاء (٢/٢٤٩) ان في الكتاب الذي كتبه رسول الله (ص) لعمرو بن حزم في العقول ان في النفس مائـة من الابل • أهـ •

(١) جاء في بداية المجتهد (٢/٣٤٠) قال أبو سلمان الحطابي « اكثر العلماء ان دية الخطأ اخماس وان كانوا اختلفوا في الاصناف » وانظر سبل السلام ٣/٢٤٨ ، وفيها عن ابن مسعود عن النبي (ص) قال : دية الخطأ اخماسا •

(*) كذا وفي نسخة تونس : أبو حنيفة عن مالك •

(٢) جاء في بداية المجتهد (٢/٣٤٠) « روى ان دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري » •

فصـــل

الدية من ثلاثة أصناف

٧٣١٠ ـ وهي عند ابي حنيفة من ثلاثة اصناف :

٧٣١١ ـ الابل والذهب والورق فالابل مائة كما ذكرنا ومن الذهب الف مثقال ومن الورق عشرة آلاف درهم •

٧٣١٢ ـ وقال الشافعي [ومالك][١] ان اخذ الورق اخذ اثنى عشر الفا[٢] •

٧٣٣١ ـ ولا خلاف ان الدينار عدل في الزكاة بعشرة دراهم حتى جعل نصاب الورق مائتا درهم والذهب عشرون مثقالا •

فصـــل

الخيار بين أصناف الدية

٧٣١٤ ـ والخيار عندنا للجاني وعاقلته اذ اداء الواجب له •

٧٣١٥ ـ وقد قال الشافعي ان الذهب والفضة بدل من الابل ويعتبر رضاء اولياء الجناية في ذلك •

(*) في مختلف الرواية : الف دينار •

(١) بداية المجتهد (٢/٣٤١) •

(٢) في بداية المجتهد (٢/٣٤١) قال الشافعي بمصر لا يؤخذ من اهل الذهب ، ولا من اهل الورق ، الا قيمة الابل بالغا ما بلغت ، وقوله بالعراق مثل قول مالك • وعمده قول مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على اهل الذهب بالف دينار ، وعلى اهل الورق باثنى عشر الف درهم • وعمدة الحنفية ما رووا ايضا عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم ، واجماعهم على تقويم المثقال بها في الزكاة •

فصـــــل

الدية ستة أصناف

٧٣١٦ ـ وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه جعل الدية ستة اصناف :

٧٣١٧ ـ الابل والذهب والورق كما ذكرناه ومن البقر مائتا بقرة ومن الشاة الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة وهو قول ابي يوسف ومحمد بن الحسن[١] ، غير انهما قالا قيمة كل حلة خمسون ، وقد روى عن ابي حنيفة ذلك ايضا في كتاب المعاقل •

فصـــــل

دية شبه العمد

٧٣١٨ ـ فاما دية شبه العمد فهي ارباع خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة ، وهكذا قال ابن مسعود (رض) •

وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد بن الحسن ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ما بين ثنى الى نازل عامها كلها خلفة في بطونها اولادها وهو قول عمر بن الخطاب (رض) وزيد بن ثابت وابي موسى (الاشعري) وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد روى عن علي رضى الله عنه انه قال ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة واربع وثلاثون ما بين ثني الى نازل عامهـا كلها خَلِفة في بطونهـا اولادها[٢]

---

(١) في بداية المجتهد ٢/٣٤٠ ان ما ذهب اليه ابو يوسف ومحمد ابن الحسن في هذا الصدد هو قول الفقهاء السبعة المدنيين •

(٢) النسائي (٨/٤٠) عن عبدالله بن عمرو عن النبي (ص) قال : قتيل الخطأ شبه العمد بالسوط أو العصا مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادهـا • (كلهن خَلِفة) • والخلفـة هي الناقة الحاملـة الى نصف اجلها •

وقد روى عن محمد بن الحسن هذا القول ايضا والاول اشـهر عنه ، وهو قول المختلفين لاصحابنا من اصحاب الشافعي وغيرهم ٠

فصـــل

دية ما في البدن منه إثنان

٧٣١٩ ـ وكل ما كان في البدن منه اثنان ففيهما الدية ٠

٧٣٢٠ ـ وما كان فيه واحد ففيه الدية كاملة[١] الا لسان الاخرس وذكر العنين فان في ذلك حكومه عدل ٠

فصـــل

ما فيه نصف الدية

٧٣٢١ ـ والشفتان والاليتان واليدان والرجلان فان في كل واحد نصف الدية وفي الجميع الدية[٢] ٠

---

(١) في كتاب النبي (ص) الى عمرو بن حزم : في الانف اذا اوعب جدعه الدية وفي اللسان الدية (سبل السلام ٣/٢٤٤) ٠

(٢) في بداية المجتهد (٢/٢٤٩) تفصيل هذه القاعدة وبيان ما هو محل وفاق وخلاف من تطبيقاتها فقد جاء « ان العلماء اجمعوا على ان في الشفتين الدية كاملة ، والجمهور على ان في كل واحدة منهما نصف الدية ٠

وروى عن قوم من التابعين ان في السفلى ثلثي الديـة لأنها تحبس الطعام والشراب ٠

وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها اعظم من حركة الشفة العليا ٠

وهو مذهب زيد بن ثابت ٠

وبالجملة فجماعة العلماء وائمة الفتوى متفقون على ان في كل زوج من الانسان الدية خلا الحاجبين وقدمي الرجل ٠

واختلفوا في الاذنين متى يكون فيهما الدية : فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري والليث [بن سعد] اذا اصطلحتا كان فيهما الدية ، ولم يشترطوا

فصـــــل

دية الأصابع

٧٣٢٢ ـ وفي الاصابع في كل اصبع عشر الدية وفي كل انملة ثلث عشر الدية الا الابهام فان في كل انملة نصف عشر الدية •

٧٣٢٣ ـ واصابع اليدين والرجلين سواء •

فصـــــل

دية اللحية وأشفار الحاجبين إلخ

٧٣٢٤ ـ وفي اللحيـــة الدية وكذلك في اشـــفار الحاجبين واهـــداب

ذهاب السمع ، بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة •

واما مالك فالمشهور عنه انه لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما ، فان لم يذهب ففيه حكومة •

فروى عن ابى بكر انه قضى في الاذنين بخمس عشرة من الابل ، وقال لا يضران السمع ويسترهما الشعر أو العمامة •

وروى عن عمر وعلي وزيد انهم قضوا في الاذن اذا اصطلمت نصف الديـــة •

واما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع الدية •

واما الحاجبان فغيهما عند مالك والشافعي حكومة •

وقال ابو حنيفة فيهما الدية •

وكذلك في اشفار العين •

وليس عند مالك في ذلك الا حكومة •

وعمدة الحنفية ما روى ابن مسعود انه قال في كل اثنين من الانسان الدية ، وتشبيها بما اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة •

وعمدة مالك انه لا مجال فيه للقياس وانما طريقة التوقيف ، فما لم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة •

وايضا فان الجواجب ليست اعضاء لها منفعة ولا فعل بين ، اعني ضروري في الخلقة » أهـ •

العينين وشعر رأس المرأة •

٧٣٢٥ ـ وقال الشافعي ، لا دية في شيء من الشعور بحال •

٧٣٢٦ ـ وسمعت قاضي القضاة رحمه الله يحكى غير مرة ان القصاص يجب في اللحيـة عند الليث بن سـعد وعن زفر تتيقن بالميزان بان يزن ما اخذ من شعره فروى ذلك عنه •

٧٣٢٧ ـ والدية تجب بكل عضو فيه جمال او له منفعة حبست •

فصـــــل

دية الجفن

٧٣٢٨ ـ وفي كل جفن من اجفان العينين ربع الدية لانها اربعة •

فصـــــل

دية السن والضرس والناب

٧٣٢٨ ـ وفي كل سن أو ضرس أو ناب من انياب الانسان نصف عشر الدية •

٧٣٢٩ ـ وهو قول الشافعي ان فرق القلع •

فصـــــل

٧٣٣٠ ـ وان جمع ذلك بضربة واحدة ففي جميع ما في الفم ديـة وثلاثة اخماس دية •

٧٣٣١ ـ وقال الشافعي في احد قوليه دية واحدة •

فصـــــل

عدد الأسنان

٧٣٣٢ ـ والاسنان اثنان وثلاثون سناً ، اربع ثنايا واربع ضواحك

واربع انياب وعشرون ضرساً ، وهذا هو العام الظاهر في الناس •

٧٣٣٣ ـ وقد قال اهل العلم بالطب والمعرفة قد يكون ثمانية وعشرون سناً وانا من اسنانه في اصل خلقتها ثمانية وعشرون سناً فقد صدق المخبر في ذلك حكايته •

فصـــل

ثمرة الخلاف في عدد الأسنان

٧٣٣٤ ـ وثمرة الخلاف في ذلك ان اصحابنا قالوا اذا اختلف الضارب والمضروب ، فقال الضارب لم يكن في فيك سن الا واحدة أو خمسة أو ما زاد •

وقال المضروب بل جميع اسناني انت رميتها بالجناية ، هل يكون القول قول الضارب أو القول قول المضروب في العدد ؟

فالقياس ان يكون القول قول الضارب لان الاصل عدم الضمان ، والاستحسان ان يكون القول قول المضروب ، ويجب ان يكون القول قول المضروب الى ثمانية وعشرين لا الى اثنى وثلاثين لوجود ذلك خلقة ، والشك فيما زاد على ذلك عندي •

فصـــل

٧٣٣٥ ـ وكذلك الخلاف في السن اذا ضربها فاسودت فقال الضارب ، حدث ذلك من غير جنايتي ، وقال المضروب ذلك من جنايتك فهو على ما ذكرت من الخلاف ، وقد اخذ المخالف لاصحابنا بالقياس •

فصـــل

موضحة ذهب منها السمع

٧٣٣٦ ـ واتفق الجميع انه لو شجه موضحة فذهب منها السمع

واختلفا فقال المشجوج حدث ذلك من الشجة ، وقال الشاج : حدث ذلك من غير الشجة ان القول قول الشاج مع يمينه •

فصـــل

العين العوراء

٧٣٣٧ – وفي العين العوراء حكومة عدل وهي كاليد الشلاء ولسان الاخرس وذكر العنين لانه لا منفعة فيها •

فصـــل

عين الأعور

٧٣٣٨ – وفي عين الاعور نصف الدية وهي كمن له عينان وهو قول الشافعي •

٧٣٣٩ – وقال مالك بن انس عليه كمال الدية ، لانهـا تقوم مقام عينين ، ولو كان الامر كما قال لوجب اذا كان القلع عمدا ان يقتص منه في العين ، وأحد لا يقول ذلك ، كذلك في الدية •

فصـــل

لا قصاص بين العبيد في الأطراف

٧٣٤٠ – ولايجرى القصـــاص بين العبيد بعضـــهم مع بعض في الاطراف •

وقال الشافعي يجرى والواجب في ذلك الاروش •

٧٣٤١ – لان قيم ذلك مختلفة بالحزر والظن وهو تفاوت يجرى مجرى الاموال في الاتلاف •

فصـــل

٧٣٤٢ – ومن حلق شعر رأس أو نتف لحية انسان فنبت ذلك ابيض

وقد كان اسود ، قال ابو حنيفة : ان كان حرا فلا شيء عليه ، وان كان عبدا فعليه حكومة عدل •

٧٣٤٣ ـ وقال محمد الحر والعبد سواء وعليه حكومة عدل في الجميع •

٧٣٤٤ ـ وذكر أبو الليث ان الخلاف في رواية هشام[١] •

٧٣٤٥ ـ قال وكذلك لو ضرب سنه فاصفرت فابو حنيفة يقول ان كان حرا فلا شيء فيه وان كان عبدا ففيه حكومة (عدل) •

٧٣٤٦ ـ وقال محمد فيه حكومة ، حرا كان أو عبدا ، وقال محمد[٢] ان اصفرت السن ففيها حكومة عدل ، وقال زفر عليه ارش السن لانه بطل الجمال بها[٣] •

---

(١) عيون المسائل للفقيه ابي الليث السمرقندي • المسئلة ١٣٧٣ وهي بعنوان « حلق شعر رجل » •

(٢) كذا وفي عيون المسائل للفقيه ابي الليث السمرقندي ان هذا هو قول ابي يوسف • انظر المسئلة ١٣٧٤ من العيون وهي بعنوان ضرب سنه فاصفرت •

(٣) ان القول بان اتلاف جمال العضو يستوجب الارش يفسح المجال للقول بوجوب الارش في كل ضرر معنوي آخر قياسا على الجمال بشرط ان تتوفر في الضرر المعنوي عناصر الضرر المترتب على بطلان الجمال ومنها ايذاء شعور المضار بما فاته من خير معنوي قياسا على الايذاء الذي يحل بمن اتلف جمال عضو من اعضائه ، وعلى هذا النحو يفسح المجال لتطور جديد في ضمان الفعل الضار في الفقه الاسلامي ونتخطى حدود المعايير المادية التي غلبت على هذا الفقه في تقدير الضرر المستحق للضمان والتعويض تقديرا يقف عبر حدود الضرر المادي ، ولا نسلم بقصر الدية على كل عضو فيه جمال أو منفعة لان هذا التحديد يضيق نطاق حرمة الانسان ويهدر ما لا جمال له أو منفعة من اعضائه ، وما حال جماله من الاعضاء فتأمل !

باب معرفة الشجاج
واروش ذلك وكيف تكون حكومة العدل

٧٣٤٧ - اعلم ان الشجاج عشرة منها خمسة لها اروش مقدرة ومنها خمسة فيها حكومة عدل ، وجميع ذلك ليس فيه قصاص الا الموضحة خاصة فانه يقتص منها اذا كان واضحاً .

الشجاج التي لها أروش

٧٣٤٨ - فالموضحة التي اوضحت عن العظم اذا كانت خطأ نصف عشر الدية .

فصـــــل

٧٣٤٩ - ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم عشر الدية .

فصـــــل

المنقلة

٧٣٥٠ - ثم المنقلة وهي التي ينحى منها العظم ويطرح عشر ونصف عشر الدية[١] .

فصـــــل

الآمة

٧٣٥١ - ثم الآمة وهي التي بأم الدماغ وهي التي بينها وبين الدماغ جلد رقيق ثلث الدية .

---

(١) في كتاب النبي (ص) الى عمرو بن حزام « في المنقلة خمس عشرة من الابل » وقد فسرت المنقلة في سبل السلام (٣/٢٤٤) بانها « اسم فاعل من نقل مشدد القاف » وهي التي تخرج منها صغار العظام وتنتقل من اماكنها ، وقيل التي تنقل العظم اي تكسره .

فصـــــل

٧٣٥٢ ـ والجائفة مثل ذلك[١] •

فصـــــل

النافذة

٧٣٥٣ ـ ثم النافذة وهي التي تنفذ من جانبين ثلثا الدية لانها بمنزلة جائفتين ، ففي هذا يترتب ما هو مقدر في الكثرة والقلة •

فصـــــل

شجاج ليس لها أرش مقدر

٧٣٥٤ ـ واما التي لا أرش لها مقدر فاول ذلك المتلاحمة وهي [التي] يسود منها اللحم ويحمر ولا ينشق ففيها حكومة عدل •

فصـــــل

الدامية

٧٣٥٥ ـ ويليها الدامية وهي التي تشق الجلد ولا تأخذ من اللحم شيئاً فحكومة عدل اكبر من ذلك •

فصـــــل

الباضعة

٧٣٥٦ ـ ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم وتأخذ في جزء منه اكثر من ذلك •

---

(١) في خزانة الفقه لابي الليث السمرقندي (ص٣٦٢) ان الجائفة هي التي تقطع الجلد والعرق الذي في وسط اللحم حتى يسيل الدم ، وهذا معناه ان الجائفة ليست كالآمة خلافاً لما ذكره السمناني ، الا اذا اريد بها انها كالآمة في مقدار الأرش كما هو ظاهر السياق • وقد جاء في الكتاب الذي كتبه رسول الله (ص) لعمرو بن حزم في العقول « وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفة مثلها » • (انظر بداية المجتهد ٣٤٩/٢) •

فصـــل

السمحاق

٧٣٥٧ ـ ثم السمحاق وهي التي قد اخذت اللحم وبقى بينها وبين الايضاح جلد رقيق ، وتسمى ايضا الملطاة[١] حكومــة اكثر من ذلك ، وقد روى عن علي رضى الله عنه فيها اربعة من الابل •

فصـــل

الحارصة[٢]

٧٣٥٨ ـ ثم الحارصة ، وهي التي قد عملت في الجلد الرقيق الذي بين العظم واللحم الى الموضحة •

٧٣٥٩ ـ وهكذا رتب اصحابنا الشجاج وفيه آثار عن الصحابة والسلف من التابعين رضى الله عنهم •

فصـــل

٧٣٦٠ ـ وقالوا كل هذه الشجاج انما تكون في الرأس واللحيين[٣]

(١) الملطاة على مفعال السمحاق من الشجاج وهي التي بينها وبين العظم القشرة الرقيقة • قال أبو عبيد : اخبرني الواقدي : ان السمحاق في لغة اهل الحجاز الملطا بالقصر ، قال ابو عبيد : يقال لها الملطاة بالهــاء ، قال : فاذا كانت على هذا فهي في التقدير مقصورة ، قال : وتفسير الحديث الذي جاء « ان الملطى بدمها » يقول معناه انه حين يشج صــاحبها يؤخذ مقدارها تلك الساعة ثم يقضي فيها بالقصاص أو الأرش ، لا ينظر الى ما يحدث فيها بعد ذلك من زيادة أو نقصان ، قال و هذا قولهم وليس هو قول اهل العراق • (لسان العرب) •

(٢) الحارصة كالحريصة : الشجة تشق الجلد قليلا ، والحرص الشق (القاموس المحيط) •

(٣) اللحى منبت اللحية من الانسان وغيره وهما لحيان وثلاث الخ على افعل الا انهم كسروا الحاء لتسلم الياء ، والكثير لحُي ولحِي على فعُول مثل ثدي وظبي ودُلي فهو فعول • (لسان العرب) •

والجبين ، فان كانت في غير ذلك فليس لها هذا الحكم •

فصـــــل

الحد الأقصى لحكومة العدل

٧٣٦١ ـ ولا يبلغ بشيء من حكومة العدل ارش الموضحة بل ينقص من ذلك الى ما يراه الحاكم ، كما لا يبلغ باليد الشلاء والعين العوراء دية الصحيح من ذلك •

فصـــــل

مفهوم حكومة العدل

٧٣٦٢ ـ وطريق معرفة الحكومة ان يقوم المحكوم فيه ويجعل من طريق الحكم كانه عبد لا جناية به كم يسوى ، ثم يقوم وبه الجناية كم يسوى فينظر الى ما نقص فيوجب ذلك من الدية كأنه يسوى عشرة دراهم وهو صحيح ويسوى وبه الشجة عشرة الا دانق فيعلم انه قد نقص من القيمة سدس عشرها فيوجب له سدس عشر الدية فيكون ذلك من الذهب ستة عشر وثلثين ومن الورق مائة وستة وستين وثلثين •

فصـــــل

٧٣٦٣ ـ فان بلغ ارش ذلك نصف عشر فانقص من ذلك شيئاً حتى لا يبلغ ارش الموضحة ويعلم ان المقوم اخطأ في ذلك ، فكذا تفعل في الحكومة في كل موضع حكمت بها •

فصـــــل

جراحات النساء

٧٣٦٤ ـ وجراحات النساء على النصف من جراحات الرجـال الى السن والموضحة ، فاذا نزلت عن ذلك استوى الرجال والنسـاء في ذلك عندنا في حكومة العدل •

٧٣٦٥ ـ وقال بعض الفقهاء ان ذلك على النصف فيما دق وجل كائناً ما كان قياساً على الاروش المقدرة ، وله وجوه من القياس •

٧٣٦٦ ـ وقد قال مالك انهن يساوين الرجال في جميع ما دون الثلث من الدية فاذا بلغ الثلث مما زاد تفاضلوا فكان الرجل على الضعف من المرأة وهي على النصف من ذلك وهو قول سعيد بن المسيب •

فصـــــل

٧٣٦٧ ـ وقد حكى بعض اهل العلم ان رجلا سأل سعيد بن المسيب عن ذلك فقال : ارأيت ان قطع منها اصبع ؟

فقال عشر الدية ، فقال له ارأيت ان قطع منها اصبعان فقال عشران ، فقال فان قطع منها ثلاثة اصابع ، فقال ثلاثة اعشار ، فقال له فان قطع منها اربع ؟

فقال عشران فقال السائل : فلما اشتد جرحها وعظمت بليتها نقص عقلها •

فقال له سعيد : اعراقي انت ؟ بذلك جاءت السنة •

فصـــــل

موضحة ذهبت بالبصر

٧٣٦٨ ـ ومن شج رجلا موضحة فذهب بصره أو لسانه فعليه ارش الشجة والدية في اللسان والبصر ، ولو ذهب منها سمعه وجب ايضاً ديـة السمع مع ارش الشجة في الظاهر من الرواية ، وروى عن ابي يوسف انه قال يجب عليه الدية ويدخل ارش الموضحة في ذلك •

لانه ليس بحاسة ظاهرة ، وجعل ذلك كالعقل اذا ذهب ، وقد اتفق على ان العقل لو ذهب بالشجة لدخل ارش الشجة في دية العقل •

٧٣٦٩ ـ وقد روى عن الحسن بن زياد (اللؤلؤي) انه قال : لا يدخل ارش احد الجنايتين في الاخرى الا الموضحة اذا ذهب شعره •

٧٣٧٠ ـ وقال زفر بن الهذيل ، لا يدخل احدهما في الآخر في الاحوال كلها ، وهو القياس •

فصـــل

قطع كف ناقصة

٧٣٧١ ـ ولو قطع رجل كف رجل وهي ناقصة الاصابع فان كان في كفه ثلاثة اصابع او اكثر فعلى القاطع دية ما فيها من الاصابع ولا شيء عليه في الكف في قولهم جميعا •

وان كان لا شيء فيها من الاصابع فعليه في الكف حكومة عدل ، في قولهم جميعا •

وان كان في كفه اصبع أو اصبعان فان في قول ابى حنيفة يجب ارش ما فيها من الاصابع ولا شيء عليه في الكف ، وعند ابي يوسف ومحمد ينظر الى ذلك ، فان كان ارش الكف اكثر من ارش ما بقى من الاصابع يجب عليه ارش الكف •

وان كان أرش الاصابع اكثر يجب ذلك ويدخل القليل في الكثير •

٧٣٧٢ ـ وقد كان ابو يوسف يقول ان كان ارش الكف اكثر فعليه الارشان جميعا •

وان كان ارش ما بقى من الاصابع اكثر فعليه دية ما بقى من الاصابع ولا يجب ارش الكف ، وقد روى عنه رواية اخرى انه قال يجب عليه ارش الاصبع الباقي وارش الكف ولا يجاوز بذلك كله ارش ثلاثة اصابع •

٧٣٧٣ ـ وروى عن ابي حنيفة ايضا انه قال يجب عليه ارش ما بقى من الاصابع ، وصار ما زاد من الكف تابعا له ، وعليه فيما سوى ذلك من الكف ارش •

باب العاقلة
وما يحمل كل منهما

٧٣٧٤ ـ وعند الفقهاء ان العاقلة تتحمل الدية عن القاتل[١] •

٧٣٧٥ ـ والعاقلة هم الذين يتحملون يقال عقلت عنه اذا تحملت عنه ، وقد كانت العاقلة تتحمل في الجاهلية فاقرهم الشرع على ذلك وان تغيرت بعض الاحكـام ، وليس بممتنع ان يتحمل ذلك عن الجاني لانـه يكثر منه وفيه معنى العوض كما يجب النفقة للفقير على الغني من اقربائه •

٧٣٧٦ ـ وتجب الدية بالقتل على القاتل ثم يتحمل عنه ذلك العاقلة •

٧٣٧٧ ـ وقال الشافعي تجب على العاقلة ابتداء •

٧٣٧٨ ـ واذا وجبت على غير القاتل فالقاتل اولى •

فصـــــل
من هم العاقلة

٧٣٧٩ ـ والعاقلة هم كل من ينتصر بهم الجاني ، وكانت العاقلة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدر من خلافة عمر رضي الله عنهما على القبائل ، لان النصرة كانت بالقبائل ، فلما دون عمر الدواوين نقل ذلك الى اهل الديوان ، وهو امام الائمة وعظيم الخلفاء ، ولم يعب على فعله عائب ، ولا رد عليه في وقته احد ، فيجب ان يقتدى به في ذلك •

---

(١) العقل الدية ، وعقل القتيل يعقله عقلا وداه ، وعقل عنه ادى جنايته وذلك اذا لزمته دية فاعطاها عنه ، وهذا هو الفرق بين عقلته وعقلت عنه وعقلت له •

ويقال اعتقل فلان من دم صاحبه ومن طائلته اذا أخذ العقل ، وعقلت له دم فلان إذا تركت القود للدية (لسان العرب) •

وهذا انما فعله عمر لغرض صحيح لان التناصر صار بالديوان ، فالرجل يكون بالعراق وعشيرته بالشام فاحب ان لا يبطل الدم لبعد القريب فجعله على اهل الديوان ، وقيل لاصحابنا كيف يجوز ان يترك ما فعل النبي صلى الله عليه وسلم وابو بكر وينسخ بعده ويغير حكمه ؟

فاجابوا بان ذلك كان متعلقاً بسبب وهو النصرة فتحول العقل تبعاً لذلك كالزكاة يدفعها الغني الى الفقير فلو استغنى الفقير وافتقر الغني عاد الامر بالعكس فكذلك امر العاقلة[1] •

فصـــــل

تقسيط الدية على أهل الديوان

٧٣٨٠ ـ وتؤخذ منهم الدية في ثلاث سنين في كل سنة الثلث من ذلك من يوم يقضى بها القاضي •

٧٣٨١ ـ وقال الشافعي من يوم القتل •

٧٣٨٢ ـ لان الحاكم اذا اراد الزام الغير حكما ما اعتبر من يوم الحكم لا من وقت السبب الموجب له كأجل العنين •

فصـــــل

أخذ الثلث في سنة

٧٣٨٣ ـ فان كان الواجب الثلث فما دون اخذ في سنة واحدة لأن

---

(١) من هذه المناظرة التي صورها السمناني لنا يتضح انه كان يذهب الى جواز نسخ السنن السابقة بالسنن اللاحقة في كل ما شرع لتحقيق غرض دنيوي صحيح ، اذا ما تغيرت المصلحة وتطورت الروابط الاجتماعية من حال الى حال وطور الى طور وبذا سلم السمناني لولي الامر بسلطة تشريعية واسعة في حدود مراعاة المصالح المشروعة المتجددة والروابط المستجدة مع المحافظة على روح التشريع واهدافه العليا •

ما دون الثلث يدخل في الثلث على طريق التبع فلا يتأجل ، وهذا كالآمة والهاشمة والمنقلة والموضحة •

وقال المخالف لنا ، يتأجل كل ما تحمله العاقلة •

فصـــــل

تقسيط ما كان أكثر من الثلث

٧٣٨٤ ـ وما كان من ذلك أكثر من الثلث اخذ من الثلث في السنة الاولى وما زاد الى الثلثين في سنتين وان كان المأخوذ الثلثين فصاعدا اخذ ذلك في سنتين والزائد في الثالثة •

٧٣٨٥ ـ وهذا قول ابراهيم ، وهو قول اصحابنا جميعا •

فصـــــل

كيف تستقطع الدية من الأعطيات

٧٣٨٦ ـ وان عجل الامام اعطيه الجند اخذ من عطاء كل واحد ما يخصه من الثلث •

٧٣٨٧ ـ وقد قال الطحاوي في مختصره[1] ان الدية تؤخذ في ثلاثة اعطيات تأخرت أو تقدمت وان كان العطاء من سنة الى سنة ، فاذا تعجل ذلك قبل السنة تعجل ما يجب فيه ولو كانت لهم اوراق كل شـهر اخذ بقسط ذلك من السنة في العطايا •

وان كان لهم جميـع ذلك أخذ من العطـايا دون الاوراق من بعد الحكم بها •

فصـــــل

٧٣٨٨ ـ ويؤخذ من كل رجل اربعـة دراهـم الى ما دون ذلك

---

(١) مختصر الطحاوي ، ص٢٣٣ •

ولا يزاد على ذلك •

فان كان نصيب كل واحد من ذلك أكثر من اربعة ضم اقرب القبائل من اهل الديوان اليهم • وعندنا يضم البعيد الى القريب في العقل •

٧٣٩٠ ـ وقال الشافعي لا يضم الى القريب البعيد •

٧٣٩١ ـ لان التناصر يقع بالبعيد كما يقع بالقريب ، ولو لم يكن الامر على ما قلناه لوجب على اقرب الوارثين اليه •

فصـــــل

هل يشترك الجاني في آداء الدية؟

٧٣٩٢ ـ ويؤدي الجاني مع اهل الديوان والعاقلة •

٧٣٩٣ ـ وقال الشافعي لا يؤدي هو شيئاً ، ولا ابنه ولا ابوه ويؤخذ بالعكس من هذا عندنا لان الأقرب الداني اصر واحق بالتحمل كالنفقة •

فصـــــل

ما لا تعقله العاقلة

٧٣٩٤ ـ ولا تعقل العاقلة صلحاً ولا اعترافاً ولا عمداً ولا عبداً وبهذا جاء الاثر[1] فقال ابو حنيفة ومحمد قوله ولا عبدا هو العبد يجني •

وقال ابو يوسف هو العبد يجني عليه •

فصـــــل

٧٣٩٥ ـ واذا قتل الحر عبدا لغيره وقيمته اكثر من دية الحر خطأ فعلى العاقلة دية الحر الا عشرة دراهم في قول ابي حنيفة ومحمد في ثلاث سنين •

٧٣٩٦ ـ وقال ابو يوسف تجب قيمته بالغة ما بلغت في مال العاقل •

---

(١) عن ابن عباس : قال رسول الله (ص) : من قتل عمدا فهو قود •

وهو قول الشافعي •

٧٣٩٧ - وشبهوه بالاموال ، ولو كان كالاموال لما كان في عمده قصاص ولا حملته العاقلة •

٧٣٩٨ - وللشافعي قولان في تحمله العاقلة واتفق الجميع على وجوب الكفارة بقتله •

فصـــــل

ما دون النفس من العبيد

٧٣٩٩ - واتفق الجميع على ما دون النفس من العبيد لا تحمله العاقلة وان حكم ذلك حكم اتلاف المال وان كان المقتول امة وقيمتها اكثر وجب خمسة آلاف لا عشرة آلاف درهم •

فصـــــل

موت العبد المغصوب

٧٤٠٠ - واتفقوا انه لو غصب عبدا فمات عنده انه يضمن قيمته بالغة ما بلغت •

فصـــــل

٧٤٠١ - ولو قتل عمدا فصالح المولى على اكثر من دية الحر انه يجوز ذلك عند ابي حنيفة واصحابنا •

فصـــــل

قطع يد العبد

٧٤٠٢ - ولو قطع يد العبد ففيها نصف قيمته عند ابي حنيفة

والشافعي لان اليد من العبد كاليد من الحر في الدية •

٧٤٠٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يجب ما نقص منه وهو قول مالك •

٧٤٠٤ ـ ولو قطع يديه جميعا فالمولى بالخيار ان شاء امسكه ولا شيء له ، وان شاء سلمه واخذ قيمته عند ابي حنيفة •

٧٤٠٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد وان شاء اخذ منه نقصان القيمة وحبس العبد لنفسه •

٧٤٠٦ ـ وقال الشافعي له ان يمسك العبد ويأخذ القيمة فجمع على ملكه بين البدل والمبدل فيما يصح تملكه باسباب الملك •

٧٤٠٧ ـ وليس في الاصول انه يجب في بعض المملوك ما يجب في جميعه •

٧٤٠٨ ـ وسائر الاموال في ذلك سواء فيجب حفظ هذا الاصل •

فصل

قُتل بعد القطع

٧٤٠٩ ـ ولو قتله انسان بعد القطع كان عليه قيمته اقطع وهذا حجة على ابي حنيفة ان له قيمة بعد القطع وقد يجوز ان يجب الشيء ثم يجب بعده امر آخر ، كمن قطع اصابع اليد وجب فيها الدية ولو قطع آخرُ الكف بعد ذلك فان عليه ارش ذلك •

ولو كان الاول قطع الكف والاصابع لم يلزمه ضمان الكف •

فصل

٧٤١٠ ـ وقد ذكر ابو الليث في خلافه لاصحابنا في رجل فقأ عيني

عبد ثم جاء آخر فقطع يــده فعلى فاقىء العينين ما نقصه وعلى قاطع اليد نصف قيمته مفقوء العينين •

وروى ذلك ابو يوســـف عن ابي حنيفة وقال انه استحســـان ، والقياس انه لا شيء على فاقىء العينين على قول ابي حنيفة خاصة •

لان تعذر دفعه الى الجاني لمكان القطع الثاني فلا يطالب بشيء •

فصـــــل

٧٤١١ ـ والمسئلة مفروضة اذا قطع يدى العبد معا ، فان قطع يده ثم برىء ثم قطع الاخرى وجب بالفعل الاول نصف قيمته صحيحا ، وبالثاني نصف قيمته مقطوع اليد •

فصـــــل

قطع أنف عبد

٧٤١٢ ـ ولو قُطع انف عبد أو اذناه أو لحيته أو فُعل به ما تجب به الدية كاملة في الحر فعلى الجاني ما نقصه من ذلك في قول ابي يوسف ومحمد ، وهو رواية عن ابي حنيفة •

وروى محمد عن ابي حنيفة انه تجب القيمة ، ان سلمه المولى كما تقدم من اصله في ذلك •

فصـــــل

دية الجنين

٧٤١٣ ـ ودية الجنين تجب حاله لا مؤجلة في ثلاث سنين بخلاف احد الوجهين لاصحاب الشافعي لانها دون الثلث فهي كالموضحة عندنا •

فصـــــل

ضمان الجنين الميت

٧٤١٤ ـ ومن ضرب امرأة فالقت جنينا ميتا بعد موتها فلا ضمان فيه ، وان خرج حياً فمات وجب ضمانه ، وقال الشافعي يجب ضمانه في الوجهين جميعا •

فصـــــل

٧٤١٥ ـ واتفق على انـه لو القته في حال حياتها انـه يضـمن في الوجهين سواء خرج حيا أو ميتا • وقد اتفق الجميع انه كل ما أُبين من الميت انه لا ضمان فيه بحال من الاعضاء •

فصـــــل

٧٤١٦ ـ ومن ضرب بطن امة فالقت جنينا ميتا ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكرا أو عشر قيمته ان كان انثى ، وقال الشافعي : يجب عشـر قيمة امة ونصف عشر قيتمها •

قال اصحابنا : واذا اعتبرنا هذا ادى القول الى ان يجب بالجنين ميتا اضعاف قيمته اذا كان حيا ، لانه لو خرج حيا ثم مات لكان الواجب فيـه القيمة ، ولو كانت قيمته حيا دينارا وقيمة الام الف دينارا اليس يكون الواجب فيه مائة دينارا ، وهذا اضعاف قيمته حيا •

فصـــــل

٧٤١٧ ـ واتفق الجميع على انه لو ضرب بطن امرأة حرة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة عبد أو امة وسطا أو قيمة ذلك خمسون دينارا ، وخمسون دينارا معلوم انها نصف عشر قيمة الحر فكان العبرة بقيمته في نفسه لا قيمة الغير كذلك جنين الأمة •

فصـــل

ضربة أذهبت السمع والبصر والعقل والشم

٧٤١٨ – ولو ضرب رجلا في رأسه فذهب منها سمعه وبصره وعقله وشمه فعليه اربع ديات •

فصـــل

امتحان السمع والبصر والشم

٧٤١٩ – وان اختلف الضارب والمضروب أو اولياؤه وقال انه يسمع ويبصر ويشم ، امتحن في السمع بان يصاح به على غفلة وفي النظر بان يبصره ثعبان من اطباء المسلمين فيرجع اليهم في ذلك ، وفي الشم يقرب اليه من الروائح الكريهة ما يستدل به على ذلك وينظر في وجهه •

فصـــل

امتحان نقصان ضوء العين الواحدة

٧٤٢٠ – وان ادعى نقصان ضوء العين الواحدة فانه يشد السليمة وينظر الى موضع ويبصر آخر ما ينظر اليه ، ثم يسد المفتوحة وينظر الى جانب آخر بالعين التي كانت مشدودة ثم يبصر آخر ما كان ينظر اليه ثم يمسح الموضعان فينظر كم يبصر من المسافة فيعطى قسط ذلك من دية العين[1] •

---

(١) هذه الطريقة من طرق امتحان نقصان ضوء العين المضروبة من الطرق التي تعزى الى اقضية الامام علي (ع) وقد استحسنها ابن رشد في بداية المجتهد (٢/ ٣٥٠) وفضلها على ما سواها من طرق الامتحان في هـذا الصدد ، فقد جاء في الكتاب المذكور « وفي احسن ما قيل فيمن ضـرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن علي (رض) انه أمر بالذي اصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة ، واعطى رجلا بيضة فانطلق بها ←

باب ما تجب به الدية
من الأسباب

٧٤٢١ ـ ومن وضع حجرا في الطريق فعطب به انسان أو حفر بئراً فوقع فيها انسان أو اشرع جناحا فسقط فعطب به انسان ففي كل شيء من ذلك الدية •

فصـــــل

٧٤٢٢ ـ وليس في شيء من ذلك كفارة لانه لم يباشر القتل •

فصـــــل

٧٤٢٣ ـ ويرث من لحقته هذه الجناية ان كان وارثه •

٧٤٢٤ ـ وقال بعض اصحاب الشافعي لا يرث لأنه كالقاتل خطأ •

٧٤٢٥ ـ ومنهم من قال تجب الكفارة ايضا في ذلك •

فصـــــل

موت الواقع في البئر غماً أو جوعاً

٧٤٢٦ ـ وان مات الواقع في البئر جوعا أو غماً فان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة انه لا شيء على الحافر لانه لم يمت بالوقوع •

٧٤٢٧ ـ وقال ابو يوسف عن نفسه ، ان مات غما ضمن ، وان مات

←

وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول ذلك خطا في الارض ، ثم امر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة ، واعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه ، فخط ايضاً عند اول ما خفيت عنه في الارض خطا ، ثم علم ما بين الخطين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة ، فاعطاه قدر ذلك من الدية » وفي هـذا دلالة عـلى ان مذهب الامام على عدم تقييد القاضـي بادلة اثبات محددة مسـلفاً •

جوعا لم يضمن •

٧٤٢٨ – وقال محمد يضمن في الوجهين جميعا لأن الوقوع سبب الغم والجوع •

فصـــل

تعلق الواقع في البئر

٧٤٢٩ – ولو ان الواقع في البئر تعلق برجل آخر وتعلق الثاني بثالث فوقعوا جميعا في البئر وماتوا ولا يدرى حال موتهم ففي ذلك قياس واستحسان •

القياس ان دية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد • والاستحسان ان دية الاول تجب على الحافر ثلثها وثلثها على الثاني وثلثها هدراً • ودية الثاني يجب نصفها على الاول ونصفها هدر • ودية الثالث على الثاني وكل ذلك على العاقلة •

فصـــل

اختلاف الحافر وورثة الميت

٧٤٣٠ – واذا اختلف الحافر وورثة الميت الواقع فقال الحافر هو القى نفسه متعمدا ، وقال الورثة بل سقط هو فيها من غير عمد فكان ابو يوسف يقول القول قول الورثة ، وعلى الحافر الضمان لان الظاهر ان الانسان لا يفعل بنفسه هذا ، فالظاهر مع الورثة ، ثم رجع فقال القول قول الحافر ولا ضمان عليه لان الاصل براءة الذمة وطريق شغلها انما هو الشرع ، ولا دليل يدل على ذلك ، وهو المدعى عليه الضمان •

فصـــل

عطب بحصيرة أو قنديل في مسجد إلخ

٧٤٣١ – ومن بسط حصيرة في مسجد أو علق فيه قنديلا وجلس

فيه للحديث فعطب بذلك انسان فان كان من اهل المسجد فلا ضمان عليه وان كان من غير اهل المسجد فعليه الضمان في قول ابى حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد لا ضمان عليه اذا كان المسجد عاما •

فصل

٧٤٣٢ ـ واتفقوا على انه لو بني فيه دكة أو حفر بئراً انه يضمن في قولهم جميعا ما عطب بذلك •

فصل

٧٤٣٣ ـ واتفقوا على انه ان كان من اهل المسجد انه لا ضمان عليه في قولهم جميعا •

فصل

القاتل لا يرث

٧٤٣٤ ـ والقاتل لا يرث باجماع سواء كان بما يجب به قصاص اولا•

فصل

٧٤٣٥ ـ وقاتل الخطأ لا يرث اذا باشر القتل ويرث اذا لم يباشر •

٧٤٣٦ ـ وقال الشافعي لا يرث في الوجهين •

٧٤٣٧ ـ ومن الفقهاء من قال يرث بكل حال اذا كان القتل خطأ •

٧٤٣٨ ـ وقال مالك يرث من المال ولا يرث من الدية والارث لا يتبعض في حق الوارث في الاصول والعقد للمذهب ان كل من لزمه الكفارة حرم الميراث •

٧٤٣٩ ـ ومن لا كفارة عليه يرث فاعتبر احدهما بالآخر في كل موضع •

فصـــل

جرح العجماء

٧٤٤٠ ـ والعجماء جرحها جبار ، وهي الدابة المنفلتة[١] .

فصـــل

العجماء مع سائقها

٧٤٤١ ـ فان كان معها سائق ففيها العقل .

فصـــل

انفلات دابة بعد حلها

٧٤٤٢ ـ وكذلك لو حل الدابة فانفلتت فجنت فاصابت من فورها انسانا ففيه العقل .

فصـــل

٧٤٤٣ ـ واذا احدث يمينا وشمالا فليس في ذلك شيء لانها زالت

---

(١) ان قاعدة جرح العجماء جبار ورد بها اثر ثابت عن النبي (ص) وقد اختلف الفقهاء في مدى ما ينبني على هذا الاثر من قواعد الضمان واكثرهم اعمالا لمطلق هذا الاثر اهل الظاهر وقد ورد في بداية المجتهد في هذا الصدد (٢/٣٤٥) :

« ومن انواع الخطأ المختلف فيه اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد . فقال الجمهور هم ضامنون لما اصابت الدابة ، واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي اجرى فرسه فوطىء آخر بالعقل ، وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد في جرح العجماء واعتمدوا الأثر الثابت فيه عنه (ص) من حديث ابى هريرة انه قال (رض) : جرح العجماء جبار ، والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس ، فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد ، لأنهم رأوا انه اذا اصابت الدابة احدا وعليها راكب لها أوقائد أو سائق فان الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ » . اهـ .

بتصرفها عن سببها الاول •

فصـــل

فتح باب قفص

٧٤٤٤ ـ وعلى هذا قال اصحابنا اذا فتح باب القفص وفيه طير ، فان طار من فوره أو بعد ذلك فلا ضمان عليه لان له فعلا مختارا •

٧٤٤٥ ـ وقال الشافعي ان طار من فوره فعليه الضمان وان طار بعد ساعة فلا ضمان •

٧٤٤٦ ـ وقال مالك ليس عليه الضمان في الوجهين ، كما لو حل رأس الزق[1] •

فصـــل

إرسال الكلب

٧٤٤٧ ـ والكلب اذا ارسله فهو مثل الدابة على سواء •

فصـــل

جناية كلب مربوط

٧٤٤٨ ـ ومن ربط في دار نفسه كلبا أو سبعا فجنى على انسـان لم يضمن وكذلك اذا حفر في ملكه أو بنى لم يضمن ما تلف بذلك من مال أو انسـان •

---

(١) في مجمع الضمانات (٢/٨٤) تفرقة بين كون السمن سائلا أو جامداً « فلو شق زق دهن سائل حتى سال ••• ضمن ••• أو فتح الزق والسمن جامد فذاب وخرج لم يضمن • وعند (م) يضمن » •

فصـــــل

رمى حية

٧٤٤٩ – ومن رمى على غيره حية فنهشته فعطب من ذلك فهو ضامن •

فصـــــل

الرجل جبار

٧٤٥٠ – والرجل جبار[١] ، وهي الدابة ترمح برجلها وبذلك جاءت السنة •

فصـــــل

المعدن جبار

٧٤٥١ – وكذلك المعدن جبار وهم القوم يحفرون فيسقط عليهم •

فصـــــل

راكب وسائق وقائد

٧٤٥٢ – واذا كان مع الدابة سائق وقائد وعليها راكب فعطب بهـا

(١) ليست هذه القاعدة محل وفاق كما توهم عبارة السمناني ، فقد اختلف الفقهاء في هذا الصدد وذكر ابن رشد هذا الخلاف في بداية المجتهد (٢/٣٦٦) بقوله : اختلف الجمهور فيما اصابت الدابة برجلها •

فقال مالك لا شيء فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئاً يبعثها فيه على ان ترمح برجلهما •

وقال الشافعي يضمن الراكب ما ا صابت بيدها أو برجلها ، وبه قال ابن شبرمة وابن ابى ليلى ، وسويا بين الضمان برجلها أو بغير رجلها ، وبه قال أبو حنيفة ، الا انه استثنى الرمحة بالرجل أو بالذنب •

وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه (ص) الرجل جبار ، ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي • اهـ •

انسان فالدية عليهم اثلاثا وعلى الراكب الكفارة •

فصـــــل

سقوط النائم

٧٤٥٣ ـ والنائم اذا سقط على انسان فقتله فهو بمنزلة قاتل الخطأ •

فصـــــل

سقوط رجل من حائط

٧٤٥٤ ـ وان سقط رجل من حائطه على احد في الطريق فعطبا جميعا فدية الاسفل على الاعلى بكل حال ودية الأعلى اذا كان الرجل يمشـــي فهدر ، وان كان جالساً في الطريق فعليه الدية •

باب جناية الرقيق

الدفع بالجناية أو الفداء

٧٤٥٥ ـ ومن جنى من العبيد جناية تبلغ النفس أو ما دونها فانه يقال للمولى ، ادفعه بالجناية و افده بأرشها ، وكذا روى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه ، وهو قول الشعبي وابراهيم •

٧٤٥٦ ـ وقال الشافعي ، المولى بالخيار ان شاء فداه وان شاء سلمه ليباع في الجناية ، فان فداه فيما يفديه ففيه قولان ، احدهما يفديه باقل الامرين من قيمته ومن ارش الجناية ، والثاني يفديه بارش الجناية بالغا ما بلغ ، لانه اذا اختار الفداء وجب عليه ارش الجناية ، لانها مستحقة عليه•

فصــــل

جناية المدبر وأم الولد

٧٤٥٧ ـ واما جناية المدبر وام الولد فان المولى يجب عليه الاقل من قيمة المدبر وام الولد وارش الجناية ، ولا يجوز له الدفع ، لان نقل الملك فيهما لا يجوز ، وهذا في قتل الخطأ ، فأما العمد فانه يسلم حتى يقتص منه•

فصــــل

٧٤٥٨ ـ وان جنت ام الولد مرارا فليس على المولى الا قيمة واحدة وكذلك المدبر •

٧٤٥٩ ـ وقال الشافعي في احد قوليه يفديها بجنايتها دفعة اخرى وثالثة وكذلك ابدا وفي الآخر مثل قولنا يشارك الثاني ، الاول وكذلك الثالث يشارك الاول والثاني وكذلك ابدا •

٧٤٦٠ ـ لانه بالتدبير والاستيلاء منع الدفع واتلف القيمة فلا يلزمه اكثر من قيمة واحدة •

فصـــل

سعاية المكاتب في جنايته

٧٤٦١ ـ وجناية المكاتب في ماله يسعى فيها بالغا ما بلغت •

فصـــل

موت العبد الجاني

٧٤٦٢ ـ واذا مات العبد بطلت جنايته ، ولا يضمن المولى ذلك لانه لم يتعين عليه القيمة •

فصـــل

موت أم الولد والمدبر الجانيين

٧٤٦٣ ـ وجناية ام الولد والمدبر لا تبطل بموتهما •

والمولى يؤدى ذلك لانه منع من التسلم في الحياة ، فهو كما لو اختار العبد اذا اعتقه أو باعه بعد العلم بالجناية فانه يصير مختارا للجناية •

وان كانوا قد قالوا انه لو وطيء أو استخدم الجارية انه لا يكون مختارا •

٧٤٦٤ ـ وروى عن ابي يوسف في الوطيء انه يكون مختارا ولو رهنه أو اجره لم يكن مختارا •

فصـــل

٧٤٦٥ ـ والعبد اذا قتل دابة أ واستهلك مالا فانه يباع في ذلك الا ان يفديه المولى •

فصـــل

٧٤٦٦ ـ ولو فعل ذلك مدبر أو ولد سعيا فيه ، وكذلك المكاتب يسـعى •

فصـــــل

إقرار الرقيق بجناية خطأ

٧٤٦٧ ـ وكل رقيق من الرجال والنساء اذا اقر بجناية خطأ فانها لا تلزم مولاه وتلزمه اذا عتق الا المكاتب فانه تلزمه السعاية •

فصـــــل

٧٤٦٨ ـ فان كانت نفسا فقضى عليه بها ثم مات فقد صارت دينا يبدأ بها قبل مال الكتابة ولو لم يقض بها حتى مات بطلت في قول بعض فقهائنا •

٧٤٦٩ ـ وقال ابو حنيفة تبطل وان قضى بها لان اصلها كان باقرار المكاتب ، واقراره لا يقبل على مولاه •

فصـــــل

القيمة يوم الجناية

٧٤٧٠ ـ وكل جناية تلزم العبد فالمعتبر بالقيمة يوم الجناية لا يوم الحكم بها ولا الدفع لانها سبب الوجوب عليه ، مثل قيمـة الرهن يوم التسليم والغصب يوم القبض كذلك هذا •

باب القسامة(١)

الأثر الوارد فيها

٧٤٧١ – روى سهل بن حَثْمة عن رجال كبراء من قومه ان عبدالله ابن سهل ومُحيّصة [بن مسعود] خرجا الى خيبر من جهد اصابهما فوجد محيصة عبدالله بن سهل قد قتل والقى في عقير (قعير بئر) أو عين ، فقال محيصة لليهود انتم قتلتموه فانكروا ذلك فجاء الى النبي صلى الله عليه

---

(١) جاء في سبل السلام (٣/٢٥٣) « القسامة لغة مصدر اقسم قسما وقسامة وهي الايمان تقسم على اولياء القتيل اذا ادعو الدم أو على المدعى عليهم الدم ، وخص القسم على الدم بالقسامة . قال امام الحرمين : القسامة عند اهل اللغة اسم للقوم الذين يقسمون ، وعند الفقهاء اسم للايمان .

وفي القاموس : القسامة : الجماعة يقسمون على الشيء ويأخذونه ، أو يشهدون .

وفي الضياء : القسامة الايمان تقسم على خمسين رجلا من اهل البلد أو القرية التي يوجد فيها القتيل ، لا يعلم قاتله ، ولا يدعي اولياؤه قتله على أحد بعينه . أهـ .

والقسامة نظام عرفي قديم من نظم المسؤولية الجنائية الجمعية ، كان معروفا لدى الشعوب السامية وفي جاهلية العرب (سبل السلام ٣/٢٥٦) وبموجب هذا النظام اذا وجد قتيل في موضع ولم يثبت قاتله وظن ان اهل ذلك الموضوع قتلوه حلف خمسون رجلا من هؤلاء خمسين عينا بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا ، فمن حلف منهم برىء ومن لم يحلف فعليه بقسطه في العدد من الدية .

ولم يجمع فقهاء المسلمين على جواز الحكم بالقسامة في الاسلام ومع ذلك فقد ذهب جمهور الفقهاء الى وجوب الحكم بالقسامة على الجملة فذهب الى ذلك مالك والشافعي وابو حنيفة واحمد وسفيان وداود واصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار ، وقالت طائفة من العلماء : سالم بن عبدالله وابو قلابة وعمر بن عبدالعزيز وابن علية لا يجوز الحكم بها . (بداية المجتهد ٢/٣٠٤) .

وسلم ومعه حُوَيِّصَة وهو اكبر منه وعبدالرحمن بن سهل فابتدأ محيصة يتكلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : الكبير الكبير [وفي رواية كَبِّرْ كَبِّرْ يريد السن] •

فتكلم حويصة ثم محيصة وعبدالرحمن فكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليهود : اما ان تدوا صاحبكم واما ان تأذنوا بحرب ، فكتبوا يحلفون ما قتلناه •

فقال النبي صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحيصة وعبدالرحمن أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ فقالوا : كيف نحلف ولم نر ولم نشاهد : قال : فيحلف من اليهود خمسون [وفي رواية : فيحلف لكم يهود] • قالوا : اذن يحلفون يا رسول الله •

فوداه النبي صلى الله عليه وسلم من عنده [فبعث اليهم مائة ناقة][1] •

فصـــل

دلالة الخبر

٧٤٧٢ ـ وقد دل هذا الخبر على وجوه كثيرة منها جواز استماع اقوال المدعي مع غيبة الخصم ، ومنها تقديم النبي صلى الله عليه وسلم الكبير على الصغير في الكلام •

فصـــل

٧٤٧٣ ـ ومنها جواز المكاتبة الى المدعي عليه واستعلام ما يدعى عليه من جهته •

---

(١) اقضية رسول الله ، للقرطبي ، ص٩ ـ ١١ •

وسبل السلام ٣/٢٥٣ ـ ٢٥٤ ، وفيها ان هذا الحديث اصل كبير في ثبوت القسامة عند القائلين بها ، وهم الجماهير •

فصـــــل

٧٤٧٤ ـ ومنها انه يجوز ان يهدد المدعي عليه لانه قال ، اما ان تدوا صاحبكم أو تأذنوا بحرب •

فصـــــل

٧٤٧٥ ـ ومنها جواز قبول قول المدعي عليه وسماع انكاره مع الغيبة •

فصـــــل

٧٤٧٦ ـ ومنها قول النبي عليه السلام تحلفون للمدعين القتل وان هذا حكم يخالف حكم الاموال •

فصـــــل

٧٤٧٧ ـ ومنها ان المدعي لا يجوز ان يحلف مع عدم العلم ، ولا بشهد الانسان بما لم ير •

فصـــــل

٧٤٧٨ ـ ومن ذلك انه قال ، فيحلف من اليهود (خمسون) •

فصـــــل

٧٤٧٩ ـ ومنها ان الذي يحلف خمسون رجلا •

فصـــــل

٧٤٨٠ ـ ومنها جواز الطعن على المدعي عليه لانه لم ينكر عليهم ما قالوا •

فصـــــل

٧٤٨١ ـ ومنها جواز دفع الدية من غير المدعي عليهم بل من بيت المـال •

ففي هذا الخبر هذه الوجوه كلها من الفقه •

فصــــل

القسامة في الجاهلية

٧٤٨٢ – وقد روى عن سعيد بن المسيب ان القسامة كانت في الجاهلية فاقرها النبي صلى الله عليه وسلم في قتيل من الانصار وجد في جهة اليهود ، قال فبدأ النبي صلى الله عليه وسلم فكلفهم قسامة خمسين فقالت اليهود لا تحلف فقال النبي صلى الله عليه وسلم اتحلفون فابت الأنصار ان تحلف فاغرم اليهود ديته لانه قتل بين اظهرهم • هذا الحديث يضاد الاول وينافيه لانه حكى انه بدأ بالمدعي عليهم وكلفهم القسامة وغرم اليهود الديــة •

٧٤٨٣ – وسعيد بن المسيب قاضي المدينة والعالم بالسيرة وقد خالف الخبر الاول ، واذا اختلفت الروايــة نظرا الى ما يوافق الاصــول من الاخبار •

فصــــل

اللوث

٧٤٨٤ – وقد قال مالك أن المدعين اذا حلفوا قتلوا ، وقال الشافعي بل لهم الدية .

٧٤٨٥ – وقال مالك لا تجب القسامة حتى يقول المقتول دمي عند فلان أو يأتي بلوث[1] من بينة ، وبه قال الشافعي في اللوث •

---

(١) اللوث لغة الطي واللي والشر والجراحات والمطالبات بالاحقــاد وتمريغ اللقمة في الاهالة ، وعند الشافعي اللوث شبه الدلالة ولا يكون بينه تامة ، وفي القسامة ذكر اللوث وهو ان يشهد شاهد واحد على اقرار ←

٧٤٨٦ - وليس في الخبرين جميعا ذكر لوث من بينة ولا من غيرها ، والدم يجب فيه الاحتياط ويدرأ بالشبه .

فصـــــل

قتيل في محلة

٧٤٨٧ - واذا وجد القتيل في محلة قوم [لا أثر] به من دم سـائل فانه لا قسامة فيه [ولا دية][1] .

٧٤٨٨ - وقال الشافعي فيه القسـامة .

٧٤٨٩ - لانه يحتمل ان يكون قد مات فجاءة فلا تجب القســـامة بالشك .

فصـــــل

٧٤٩٠ - واذا كان في المحلة اقل من خمسين كررت عليهم الايمـان حتى يحلفوا خمسين يميناً عند اصحابنا .

المقتول قبل ان يموت ان فلانا قتلني أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما أو تهديد منه له أو نحو من ذلك (لغة العرب) .

وجاء في سبل السلام (٣/٢٥٤) « لا تثبت القسامة بمجرد دعوى القتل على المدعى عليهم من دون شبهة اجماعا .

وقد روى عن الاوزاعي وداود ثبوتها من غير شبهة ولا دليل لهما . واختلف العلماء في الشبهة التي تثبت القسامة : فمنهم من جعل الشـبهة اللوث : وهو كما في النهاية ان يشهد شاهد واحد على اقرار المقتول قبل ان يموت ان فلانا قتلني ، أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما أو تهديد له منه أو نحو ذلك ، ومن اللوث التلطخ .

ومنهم من لم يشترطه كالهادوية والحنفية فانهم قالوا وجود الميت وبه اثر القتل في محل يختص بمحصورين تثبت به القسامة عندهم اذا لم يدع المدعى على غيرهم » . أهـ .

(١) صوبنا العبارة بالرجوع الى مختصر الطحاوي ، ص٢٤٧ .

٧٤٩١ ـ وقد قال الشافعي اذا لم يكن هناك لوث هل تكرر الأيمان أو تكون يمينا واحدة ؟ على قولين احدهما تكرر والثاني تكفى يمين واحدة وهو قولنا اذا لم يكن به ارش •

فصل

٧٤٩٢ ـ واذا كانوا اكثر من خمسين فالمولى يختار منهم خمسين فيحلفهم •

فصل

من لا يحلف في القسامة

٧٤٩٣ ـ ولا تحلف النساء ولا من لا يلزمه عقل عندنا •

فصل

متى تكون الدية في بيت المال

٧٤٩٤ ـ واذا اصيب في فلاة من الارض مقتولا فديته في بيت المال ، وكذلك اذا وجد في سوق العامة ووسط الفرات والماء يحمله فديته في بيت المال[1] •

فصل

٧٤٩٥ ـ وان اصيب بين قريتين فالايمان والعقل على اقرب القريتين اليه وبهذا حكم عمر[2] •

---

(١) يلاحظ ان خزانة الفقه لأبي الليث السمرقندي (ص ٣٦٧) جاء فيها انه : « ان وجد في وسط الفرات يجرى به الماء فهو هدر » • وقد وردت هذه العبارة بعينها في الهداية في باب القسامة •

(٢) في مسند ابي شيبة واقضية الرسول لابن فرج المالكي (ص ١٢) ان الرسول (ص) هو اول من الزم اقرب القريتين بدم القتيل •

فصـــل

٧٤٩٦ ـ واذا اختلفوا فعلى العاقلة الدية •

فصـــل

٧٤٩٧ ـ ويعقل اهل المحلة مع عاقلتهم •

فصـــل

٧٤٩٨ ـ وتحلف العاقلة مع اهل المحلة اذا كانت العاقلة في المصر •

فصـــل

٧٤٩٩ ـ ولا يغرم كل انسان منهم الا ثلاثة دراهم أو اربعة •

فصـــل

٧٥٠٠ ـ فان لم يفو بالدية يضم اليهم اقرب القبائل حتى تكامل الديـة •

فصـــل

٧٥٠١ ـ فان لم يكن للقاتل عاقلة وكان من اهل الباديـة الذين لا ديوان لهم فالدية على قبيلته •

فصـــل

بطلان القسمة

٧٥٠٢ ـ وقال بعض الفقهاء ان القسامة باطلة والبينـة على المدعي واليمين على من انكر •

قال ابو موسى : وهم شواذ من الفقهاء ، وقد بينا السنة في ذلك •

فصــــل

قتيل في دار قبل قبضها

٧٥٠٣ ـ ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل قال ابو حنيفة القسامة والدية على من هي في يديه ان كانت في يد البائع فعلى البائع ، وان كانت في يد المشترى سواء كان الشراء باتا أو فيه خيار (فعلى المشترى) •

٧٥٠٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد ، ان كان باتا فالقسامة على المشترى والدية على عاقلته ، وان كان فيه خيار فالقسامة والدية على من صارت الدار اليه •

نوع آخر من المسائل

فصــــل

حفر في دار مشتركة

٧٥٠٥ ـ والدار اذا كانت بين اثنين لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان فحفر احدهما فيها بغير اذن شريكه فوقع فيها انسان كان على الحافر الدية الا مقدار لنصيب نفسه •

ولو كان بين ثلاثة نفر فحفر احدهم بئراً فوقع فيها انسان فعليه ثلثا الدية في قول ابي حنيفة وفي قولهما عليه نصف الدية •

فصــــل

التقدم إلى رب الحائط بهدمه

٧٥٠٦ ـ والحائط اذا كان بين جماعة فتقدم رجل الى احدهم بهدمه فلم يهدمه حتى عطب به حيوان أو انسان فعلى المتقدم اليه مقدار حصته عند ابي حنيفة وعندهما نصف الضمان •

فصـــل

عطب بتراب حائط

٧٥٠٧ ـ والحائط اذا هدم فوقع انسان بترابه فعطب فعليه الضمان عند محمد ولا ضمان عليه عند ابي يوسف •

فصـــل

اختياره فداء عبده

٧٥٠٨ ـ واذا اختار المولى فداء عبده (من) ارش الجناية وجب عليه حالا في ماله ، وان تبدل اختياره[1] بعد ذلك فالجناية زائلة عن رقبة العبد باختيار المولى •

٧٥٠٩ ـ وقال أبو يوسف اذا لم يكن له مال سوى العبد فاختياره باطل والمال في رقبة العبد حتى يستوفى وقال محمد الاختيار جائز معسرا كان أو موسرا ، ويكون ذلك في رقبة العبد دينا لولى الجناية •

٧٥١٠ ـ وفي كتاب الجنايات مسائل كثيرة وفروع مشتبهة والذي ذكرناه هو ما يجوز ان يقع ويتفق دون النادر •

ولما كان قتال اهل البغي يجوز في حالة ويحرم في اخرى ، وهو شبيه بالجنايات اذا حرم وبالمباحات اذا احل وجب ان نذكره بعد ذلك ونبين حكم قتالهم وهل تجب دية ام لا تجب ؟

---

(١) كذا وفي نسخة المعهد « ان ثبت اعساره » •

كتاب قتال أهل البغي

وهذا كتاب أهل البغي(١)

فصـــــل

الدليل على أحكام أهل البغي

٧٥١١ ـ قال الله تعالى : (وان طائفتان من المؤمنين اقتلوا فاصلحوا بينهما ، فان بغت احدهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغى حتى تفيء الى امر الله ، فان فاءت فاصلحوا بينهما بالعدل واقسطوا ، ان الله يحب المقسطين ، انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين أوخويكم)(٢) الآية •

فصـــــل

(دلالة الآية)

٧٥١٢ ـ فامر بقتال الباغية ، ونهى عن القتال بعد الفيئة والرجوع ، ولم يسلب الجميع اسم الايمان ، وامر اهل الحل والعقد بالسعي بينهما بالصلح •

والآية تدل على قتال مستقبل لانها بلفظة (إن) التي لا تصلح للماضي وهي شرط وجواب الشرط فاصلحوا •

٧٥١٣ ـ وقد قاتل ابو بكر المرتدين وبه عرف حكمهم ، وضرب عمر الدواوين وبه عرف حكم ذلك ، والخراج ، وعرف بقتل عثمان رضى الله عنه حكم الفترة وما يفعل اذا عدم الامام •

وعرف بعلي رضى الله عنه قتال اهل البغي ، وكيف يفعل بهم ، وهذا الذي اشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي فعضوا عليها بالنواجذ)(٣) فيجب ان

---

(١) في سبل السلام : البغي مصدر بغى عليه بغيا علا وظلم وعدل عن الحق وله معان كثيرة •

(٢) الحجرات ٤٩/٩ •

(٣) سنن ابن ماجة ١٦/١ رقم الحديث ٤٢ •

يفعل ما فعل كل واحد منهم ، ويقتدى به كما امر الرسول عليه السلام وقد ذكر ابو روف الهمداني[1] عن اكثر من عشرين رجلا ممن ادرك ذلك ان عليا رضي عنه قال للأشتر يوم الجمل وقد قتل واجهز على الجرحى ، ليس الامر كذلك ، ليس القوم بكفار وانما قاتلناهم ببغيهم علينا فلا تتبعن مدبرا ولا تجهزن على جريح[2] .

فقال يزيد بن قيس الهمداني وهو حاضر ايكما يرضى ان تكون صاحبة الفسطاط الاحمر في قسمه ؟ يعنى عائشة فسكت الاشتر .

فصل

الخوارج[3]

٧٥١٤ ـ والخوارج هم كل فرقة اظهرت رأياً ودعت اليه وقاتلت عليه وصار لهم شوكة منيعة وبقعة معينة وشهرت السلاح على الجماعة .

٧٥١٥ ـ فالامام المفترض الطاعة يدعو هؤلاء الى الرجوع ويسألها عما دعت اليه ويحل شبهتها ان كان لها شبهة ، فاذا انصفهم وازال ما يدعون اليه وهم ممتنعون في الدخول تحت طاعته والرجوع الى الجماعة فحينئذ يجب حربهم وقتالهم .

٧٥١٦ واذا قاتل الامام الفئة الباغية وهزمها فانها ان كان لها فئة يرجعون اليها ومعقلا يتحصنون به فانه يتبع المدبر ويجهز على الجريح

---

(١) كذا والظاهر ان صوابه ابو فروة الهمداني عروة بن الحارث من الطبقة الثالثة في اهل الكوفة كما ذكره ابن سعد في الطبقات الكبرى ٦/٣٢٩ .

(٢) قريب من هذا ما جاء في نيل الاوطار (ج٧ ص١٩١) : « عن مروان بن الحكم قال : صرخ صارخ لعلي يوم الجمل : لا يقتلن مدبر ، ولا يذفف على جريح ، ومن اغلق بابه فهو آمن ، ومن القى السلاح فهو آمن » رواه سعيد بن منصور . وانظر تاريخ الطبري ، ج٤ ص٥٤١ .

(٣) يطلق على الخوارج مصطلح المحاربين على التأويل ، (كما في بداية المجتهد ٢/٣٨٠) .

ويقتل الاسير عند اصحابنا .

٧٥١٧ ـ وان كانوا بخلاف هذه الحالة لا شوكة لهم قوية ولا بقعة منيعة ولا ردء[١] يلجاون اليه فانه لا يجهز على جريح ولا يقتل اسيرا ولا يتبع مدبرا عملا بما ذكرنا من الخبر في ذلك .

فصـــل

حبس سلاحهم

٧٥١٨ ـ وما اخذنا من مال أو سلاح أو كراع أو غيره من الاموال فان كل ذلك يحبس حتى تنقضي الحرب أو يقتلوا أو يرجعوا ثم يرد ذلك كله على اربابه ولا يخمس عندنا ذلك ولا يملك .

فصـــل

٧٥١٩ ـ وقد قال ابن شبرمة وابن ابي ليلى والحسن بن صالح يخمس ذلك كله .

٧٥٢٠ ـ وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم (لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه)[٢] .

٧٥٢١ ـ ولأن امير المؤمنين عليا رضى الله عنه لم يخمس اموال الخوارج ، وفعله هو الاصل في هذا الباب .

---

(١) الردء الناصر والعون ج . ارداء .

(٢) نيل الاوطار ، ج٥ ص٣٥٥ « عن أنس ان النبي (ص) قال : لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفسه . رواه الدارقطني ، وعمومه حجة في الساحة الغصب يبنى عليها ، والعين تتغير صفتها انها لا تملك .

فصـــل

لا ضمان على ما أتلفه المتحاربون في حرب البغاة

٧٥٢٢ ـ وما أتلفوا علينا من مال أو نفس أو اتلفنا عليهم من ذلك فلا ضمان على احد الفريقين لصاحبه •

٧٥٢٣ ـ وقال الشافعي يجب الضمان في احد قوليه لانهم باينوا الجماعة دارا وحربا فهم كاهل الحرب •

فصـــل

بيع سلاح ذوي الفئة

٧٥٢٤ ـ وما دامت لهم فئة يرجعون اليها فان سلاحهم وكراعهم يباع ويحفظ ثمنه الى ان تقضي الحرب ثم يرد عليهم •

فصـــل

استعمال سلاح ذوي الفئة

٧٥٢٥ ـ وان احتيج الى ذلك السلاح فلا بأس باستعماله مع الحاجة اليه ، ولا يجوز مع عدم الحاجة •

فصـــل

هل يصلى على قتلى أهل البغي؟

٧٥٢٦ ـ وقال اصحابنا ، لا يصلى على من مات منهم أو قتل •

٧٥٢٧ ـ وقال الشافعي يصلى عليهم ، وجعل اصحابنا ذلك كأهل الحرب •

فصـــل

الصلاة على قتلى أهل البغي

٧٥٢٨ ـ واجمع الفريقان على انهم يدفنون ولا تحمل رؤسهم الى

غير البلد الذي قتلوا فيه ، لان في ذلك مُثْلة ، وقد نهى عنه الائمة الراشدون .

فصل

قتل الأب المشرك

٧٥٢٩ ـ وقد كره اصحابنا ان يتعهد[١] الولد المسلم قتل ابيه المشرك أو الباغي لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى حنظلة بن ابي عامر[٢] عن قتل والده وقالوا لا بأس ان يبدأ بقتل اخيه لان حرمة الاب اعظم ، وقد قال تعالى : (وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا)[٣] .

فصل

العادل يرث

٧٥٣٠ ـ والعادل يرث الباغي اذا مات أو قتل .

فصل

٧٥٣١ ـ واختلف في الباغي هل يرث العادل اذا قتله ؟

فقال ابو حنيفة ومحمد ان قال قتلته وانا على حق ورث .

وقال أبو يوسف لا يرث الباغي من العادل اذا قتله في كل حال .

---

(١) في نسخة تونس : ان يتعمد .

(٢) حنظلة بن ابي عامر ، واسم ابى عامر عمرو بن صيفي بن زيد الاوسي الانصاري ، كان ابوه عامر يعرف في الجاهلية بالراهب ، وقد حسد الرسول واضمر النفاق فخرج الى مكة ثم قدم مع قريش يوم أحد محاربا فسماه رسول الله (ص) الفاسق واقام بمكة فلما فتحت هرب الى هرقل والروم فمات هناك كافرا ، واما حنظلة ابنه فهو من سادات المسلمين وفضلائهم وهو المعروف بغسيل الملائكة ، قتل يوم أحد (اسد الغابة ج٢ ، ص٥٩ ـ ٦٠ ، وتاريخ الطبري ج٢ ص٥١٢ و ٥٢١ ـ ٥٢٢) .

(٣) لقمان (٣١/١٥) .

فصـــل

ضمان ما أتلف الباغي قبل خروجه

٧٥٣٢ ـ وما أتلفوا علينا أو اتلفنا عليهم من الاموال والرقيق والحيوان قبل خروجهم فهو مضمون على من فعله ، ويؤخذ به بعد ان ينفضوا ويقضى به لكل واحد على الآخر •

فصـــل

أنظار البغاة

٧٥٣٣ ـ وقال اصحابنا ليس للامام ان يعفو عن قتالهم ولا يصالحهم على مال يأخذه منهم وجعل يجعله عليهم حتى ينظروا لانهم ليسوا بكفار فيقروا بالجزية •

وقد سئل علي بن ابي طالب رضى الله عنه ، عنهم أكفار هم ؟ فقال من الكفر هربوا • فقيل امنافقون هم ؟

فقال : ان المنافقين لا يذكرون الله الا قليلاً • فقيل له ما هم ؟

فقال اخواننا بغوا علينا بالامس فنصرنا عليهم • وانما يفعل بهم ذلك حتى لا يكبروا ويعظم امرهم •

فصـــل

٧٥٣٤ ـ وجملة القول ان هذا امر اليوم كالمأيوس منه ، ولو شاهد اهل العلم ومن صنف الكتب في الفقه ما نشاهد لعلموا ان هذا انما كان في غير هذا الزمان ، ونحن نرى اليوم الخوارج في كل بلد وكل انسان يفعل ما يرى من غير جامع يجمع شمل المسلمين ويعز الدين[١] •

---

(١) هذه الملاحظة دليل على واقعية السمناني في استنباط الاحكام المناسبة لكل زمان ، وعدم اصراره على التمسك بالقواعد التي لم تعد تلائم ←

فصـــل

طلب الباغي الأمان

٧٥٣٥ ـ ولو ان العادل اراد قتل الباغي في الحرب فالقى سلاحه وطلب الامان فانه لا يقتله وان طلب ذلك والسلاح معه فله قتله ·

فصـــل

قضاة الخوارج

٧٥٣٦ ـ وقال اصحابنا لو ان رجلا من اهل العدل ولاه الخوارج حكما على مدينتهم فحكم بحد أو قصاص أو طلاق أو نكاح أو شيء مما يحكم به الحكام جاز ذلك كله ، وليس ينبغي له اذا قدر على ذلك الا يقيمه اذا كانوا قدسلموا ذلك اليه ، لانه يجرى فعله مجرى الامر بالمعروف والنهي عن المنكر اذا قدر على ازالته ·

فصـــل

لا يستعان بأهل الشرك على الخوارج

٧٥٣٧ ـ وليس له ان يستعين باهل الشرك على الخوارج اذا كان الشرك هو الغالب لانا لا نأمن منهم الفتك في الجميع ·

→

مشاكل العصر وضرورة التفرقة بين ما هو مدون في كتب الفقه من القواعد التقليدية وما تمس الحاجة والضرورات الى استنباطه من القواعد فالقواعد التي صاغها الفقه في معاملة المنشقين على الدولة بتأويل وضعت بالاستناد الى سيرة الامام علي في الخوارج في عصر متقدم فلم تعد تصلح للقضاء على الفتن في عصور لاحقة شاعت فيها الثورات وشق عصا الطاعة على دول الخلافة والرغبة في الانفصال · وهكذا يصرح السمناني في اكثر من موضع بضرورة تجديد قواعد الفقه واستنباط ما يلائم كل عصر من الاحكام لئلا يصبح الفقه مجموعة من القواعد التي لا تصلح في التطبيق ولا ظل لها في غير دفاتر الفقهاء ·

فصـــل

حد الخوارج

٧٥٣٨ - وليس الحكم في الواحد والاثنين والجماعة التي (هي) غير ممتنعة بدار من الخوارج هذا الحكم الذي ذكرناه ، هؤلاء تقام عليهم الحدود كلها ويضمنون ما اتلفوا أو اتلف عليهم كسائر الناس من اهل العدل ، ولو جوزنا ذلك لكان كل فرقة من المسلمين من اهل المذاهب المختلفين والعشائر المتضادين يفعل مثل ذلك ، وليس هذا قولا لاحد من المسلمين واهل العلم والدين .

فصـــل

(الحرابة واللصوصية)[١]

اللصوص

٧٥٣٩ - واللصوص اذا كان لهم منعة وشوكة فاتلفوا الاموال والنفوس ثم قدرنا عليهم فانه تقام فيهم الحدود وتستوفى الحقوق ويضمنون الاموال التي اتلفوا ويستوفى القصاص منهم في النفس والطرف ، وليس هم في هذه الاحكام كالخوارج المتأولين للقتال والداعين الى مقالة ذكروها ودلوا بالسنة عليها ، هؤلاء كاهل الحرب واؤلئك كفساق اهل العدل .

---

(١) الاصل في الحرابة قوله تعالى « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف ، أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزى في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم » (المائدة) .

وقد عرف ابن رشد المتفق عليه من معنى الحرابة بقوله في بداية المجتهد (٢/٣٧٧) .

اما الحرابة فاتفقوا على انها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر ، واختلفوا فيمن حارب داخل المصر . فقال مالك دخل المصر وخارجه ←

فصـــل

اللص المكابر

٧٥٤٠ ـ وكان اصحابنا يرون ان اللص اذا دخل ليلا وكابر على اخذ المال ان قتله حلال لان الدفع عن المال كالدفع عن النفس .

فصـــل

٧٥٤١ ـ وكان ابو حنيفة لا يؤديه بالدية .

وقال غيره من اصحابنا يؤدى بالدية وجعل ذلك كالمضطر الى طعام الغير انه يضمن .

فصـــل

دخول اللص نهاراً

٧٥٤٢ ـ ولو ان اللص دخل نهارا وقاتل بعصا فان ابا حنيفة قال لا يجوز قتله لان النهار يقدر فيه على المعونة ، والليل بخلاف ذلك .

فصـــل

٧٥٤٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد هذا والاول سواء ويجوز قتلـه ويؤدى لان العصا قيل تقتل كالسيف .

←

سواء ، واشترط الشافعي الشوكة ، وان كان لم يشترط العدد . وانما معنى الشوكة عنده من المغالبة . ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران ، لأن المغالبة انما تتأتى بالبعد من العمران . وكذلك يقول الشـافعي اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة . واما غير ذلك فهو عنده اختلاس . وقال ابو حنيفة لا تكون محاربة في المصر . أهـ .

فصـــــل

دفن أهل البغي في مقابر المسلمين

٧٥٤٤ ـ وقد روى عن ابي يوسف ان اهل البغي يدفنون في مقابر اهل العدل ، وليس حالهم اكبر من حال الزاني المحصن والقاتل عمدا •

فصـــــل

ما ينفذ من أحكام أهل البغي

٧٥٤٥ ـ وينفذ من احكامهم ما ينفذ من (احكام) اهل العدل ، ويرد ما يرد منها ، لان لهم تأويلا اليه يذهبون •

فصـــــل

٧٥٤٦ ـ ومن عبر بماله عليهم فاخذوا منه الزكاة فالامام يثنيها عليه لانه دفع الى غير من له حق الاخذ •

٧٥٤٧ ـ وقال الشافعي لا يثنى عليه •

فصـــــل

٧٥٤٨ ـ واتفق الفريقان على انهم لو ملكوا البلاد واخذوا ما للامام خذه واقاموا الحدود انها لا تثني على احد بعد ذلك •

٧٥٤٩ ـ واذا قد ذكرنا حكم البغاه وحكم من ليس بباغ وجب ان نذكر حكم من يباح قتله وليس بباغ ولا عادل ، وليس هذا الا من ارتد عن الدين وبدله •

كتاب المرتد
الآيات الواردة في الردة
وهذا كتاب المرتد(١)

٧٥٥٠ ـ قال الله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا من يرتد منكم عن دينه فسوف يأتي الله بقوم يحبهم ويحبونه »(٢) الآية •

وقال : « فمن كفر بعد ذلك منكم فقد ضل سواء السبيل »(٣) •

فدلت الآيتان على ان الردة محرم فعلها وانها تخرج الفاعل عن الدين الذي اختاره الله ورضيه •

فصـــــل
الآثار الواردة في الردة

٧٥٥١ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه انه قال : « من بدل دينه فاقتلوه »(٤) •

وقال (لا يحل دم امرى مسلم الا باحدى ثلاث ، كفر بعد ايمـان

---

(١) الرد صرف الشيء ورجعه ··· وقد ارتد وارتد عنه تحول ، وفي التنزيل « من يرتد منكم عن دينه » والاســم الردة ، ومنه الردة عن الاسلام اي الرجوع عنه ، وارتد فلان عن دينه اذا كفر بعد اســلامه · (لسان العرب) ·

(٢) المائدة (٥/٥٤) ·

(٣) المائدة (٥/١٢) ·

(٤) في نيل الاوطار ، ج٧ ص٢١٦ : عن عكرمة قال : اتى أمير المؤمنين علي (رض) بزنادقة فاحرقهم ، فبلغ ذلك ابن عباس فقال : لو كنت انا لم احرقهم ، لنهى رسول الله (ص) قال : لا تعذبوا بعذاب الله ، ولقتلتهم لقول رسول الله (ص) من بدل دينه فاقتلوه · رواه الجماعة الا مسلما ، وليس لابن ماجة فيه سوى من بدل دينه فاقتلوه ·

وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس)[1] •

٧٥٥٢ ـ واجمع الفقهاء على ان كل عاقل بالغ مكلف اذا ارتد عن الدين صحت ردته ووجب قتله لاجل الردة ، وان الامام يقتله بالسيف بعد ان يفرض عليه الاسلام ، فان ابى قتل • ولا فرق بين الحر والعبد في ذلك عند الجميع •

فصـــــل

ردة المرأة

٧٥٥٣ ـ وقال ابو حنيفة ومحمد ان كانت امرأة بالغة ارتدت وهي عاقلة فانها لا تقتل بالردة وتحبس وتضرب حتى ترجع الى الاسلام ، وهو قول ابي يوسف الآخر •

٧٥٥٤ ـ وقال ابو يوسف اولا تقتل بالردة ، وهو قول ابراهيم النخعي والشافعي ، ولو قتلت بالكفر الطارىء لكان الاصلي مثل ذلك كالرجل يقتل بهما ، والصبي لا يقتل بهما وكذلك المجنون •

فصـــــل

ردة الصبي

٧٥٥٥ ـ والصبي اذا ارتد وهو يعقل الردة صحت ردته ، ولا يقتل لعدم التكليف عند ابي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تصح ردته ، وهو قول الشافعي ، واتفق اصحابنا على ان الصبي يصح اسلامه اذا كان يعقل الاسلام ، وقال الشافعي لا يصح اسلامه ، وصح منه الصلاة والصيام والطهارة والحج والعمرة فكيف صح منه الفرع ولم يصح الاصل •

---

(١) في نيل الاوطار (ج٧ ص٧) « عن عائشة : لا يحل دم امرىء مسلم الا من زنى بعد ما احصن ، أو كفر بعد ما اسلم ، أو قتل نفسا فقتل بها ، رواه أحمد والنسائي ومسلم بمعناه •

فصـــــل

الإستتابة

٧٥٥٦ ـ وقال اصحابنا ان الاستتابة في حق المرتد مستحبة وليست بواجبة •

٧٥٥٧ ـ وللشافعي قولان احدهما مثل قولنا ، والآخر واجبة لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه •

فصـــــل

تأجيل المرتد

٧٥٥٨ ـ وان طلب التأجيل اجل لينظر في ذلك •

٧٥٥٩ ـ وقال الشافعي في احد قوليه لا يجب التأجيل •

٧٥٦٠ ـ وقد قال الله تعالى (وان احد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله)[1] •

فصـــــل

ردة السكران

٧٥٦١ ـ ولا تصح ردة السكران عند اصحابنا ، والقياس ان ردته تصح ، وهو قول الشافعي ، لان الردة تتعلق بالاعتقاد ويجب الاحتياط في ذلك •

فصـــــل

جحود المرتد ردته

٧٥٦٢ ـ ولو شهد عليه بالردة وهو يجحد ذلك فذلك توبة من

---

(١) التوبة (٦/٩) •

الردة عندنا .

٧٥٦٣ ـ وقال ابن ابي ليلى لا يكون الجحود توبة وجحود الكفر اكثر من الاقرار به والعود اليه .

فصـــل

المرتدة تلحق بدار الحرب

٧٥٦٤ ـ وما ولد في دار الحرب من الاولاد فانه يسترق .

٧٥٦٥ ـ وللشافعي في ذلك قولان احدهما هذا والآخر لا يسترق ، ولم يجز استرقاق الولد لما وجب قتل الوالدين عنده واحدهما عنده[1] .

فصـــل

توبة الزنديق

٧٥٦٦ ـ ولا تقبل توبة الزنديق[2] في احدى الروايتين عن اصحابنا وتقبل في الاخرى . وهو قول الشافعي ، لان الكفر يجب الانتهاء عنه والرجوع الى الحق وان تكلف غير الظاهر .

فصـــل

عقود المرتد

٧٥٦٧ ـ والمرتد عند ابي حنيفة عقوده كلها موقوفة من البيع والهبة والعتق الا النكاح فانه باطل فان اسلم جازت وان قتل او مات أو لحق بالدار بطلت جميعها .

٧٥٦٨ ـ وقال ابو يوسف عقوده جائزة كما تجوز من غيره ممن

---

(١) في نسخة منيخ واحدهما عندنا .

(٢) الزنديق هو القائل بالتثنية اي بوجود الاهي خير وشر واللفظة معربة من الزند افستا .

يباح دمـه •

٧٥٦٩ ـ وقال محمد يجوز تصرفه كما يجوز تصرف المريض الذي يخاف عليه •

٧٥٧٠ ـ وللشافعي ثلاثة اقوال احدهما ان ملكه موقوف مراعى ، والثاني ان ملكه لم يزل ، والثالث انه يزول ومن اصحابه من قال الاقوال في نفوذ تصرفه واما ما ملكه فباق قولاً واحداً •

فصـــــل

كسب المرتد قبل الردة

٧٥٧١ ـ وما اكتسبه المرتد قبل الردة فهو لورثته من المسلمين عند اصحابنا وما اكتسبه بعد الردة فهو فيء للمسلمين عند ابي حنيفة •

٧٥٧٢ ـ وقال أبو يوسف ومحمد الجميع لورثته من المسلمين •

٧٥٧٣ ـ وقال الشـــافعي الجميع فيء ولا يورث عنـه لان المسلم لا يرث الكافر •

فصـــــل

ما يجب على المرتد من دية

٧٥٧٤ ـ ولو قتل المرتد قتيلا خطأ فالدية واجبة فيما اكتســبه قبل الردة ، ولا يجب على العاقلة منه شيء عند ابي حنيفـة ذكره في الجامع الصـــغير •

٧٥٧٥ ـ وقال في السير الكبير انها تجب في المال الذي الذي اكتسبه بعد الردة •

٧٥٧٦ ـ وقال ابو يوسف ومحمد تجب في المالين جميعا •

فصـــــل

قتل عبداً وأمة مرتدين

٧٥٧٧ ـ ومن قتل عبدا مرتدا أو امة مرتدة لم يجب عليه شـيء في الظاهر عند اصحابنا •

٧٥٨٧ ـ وروى عن ابي حنيفة انه قال يجب في الامة القيمة ولا يجب في العبد ، لانها لا تستحق القتل بالردة عنده •

فصـــــل

ارتداد أهل بلدة

٧٥٧٩ ـ ولو ان اهل بلدة ارتدوا عن الاسلام وغلبوا عليها فانهـا لا تصير دار حرب الا بشرائط ثلاث احدهما ان تكون متاخمة لدار الحرب متصلة بهم •

والثاني ان تجرى فيها احكام اهل الشرك •

والثالث ان لا يبقى فيها احد من المسلمين أو من اهل الذمة الا بأمان من المرتدين فحينئذٍ تصير دار الحرب • وهذا قول ابي حنيفة •

٧٥٨٠ ـ وقال أبو يوسف ومحمد ، اذا جرى فيهـا احكام اهل الشرك فهي دار حرب •

فصـــــل

لحوق المرتد بدار الحرب

٧٥٨١ ـ والمرتد اذا لحق بالدار وقضى القاضي بذلك فانه ينظر الى ورثته وقت اللحوق بدار الحرب من كان من ورثته موجودا ورث ومن مات قبل ذلك لم يرث ، وهذا قول محمد واحدى الروايتين عن ابي حنيفة•

٧٥٨٢ ـ وذكر ابو يوسف في الأمالي انه ينظر الى ورثته وقت قضاء القاضي بلحوقه وهو رواية عن ابي حنيفة في بعض الروايات هكذا حكى الخلاف ابو الليث في خلافة لاصحابنا في كتاب السير •

فصـــــل

دعوة المرتد

٧٥٨٣ ـ ودعوة المرتد جائزة وتصير الجارية ام ولد بدعوته ولا يرث هذا الابن اباه اذا كانت الامة يهودية أو نصرانية وان كانت مسلمة ورثه مع سائر الورثة على ما تقدم من تفصيل الروايات •

فصـــــل

ردة الذمي

٧٥٨٤ ـ وقد مضى في كتاب النكاح ان الذمي اذا ارتد من دين الى دين انه لا يقتل ولايكلفالرجوع الى دينه الاول ولا الى دين الاسلام ويخلى وشأنه •

فصـــــل

هل يقضي المرتد ما فاته من عبادة؟

٧٥٨٥ ـ والمرتد لا يقضي شيئاً مما تركه من العبادات في حال الاسلام أو الردة ويستأنف الحج اذا رجع ، وهذا قول اصحابنا جميعا • وقال الشافعي يقضي ما فات •

فصـــــل

الردة بسبب النبي

٧٥٨٦ ـ ومن سب النبي صلى الله عليه وسلم من المسلمين فقد ارتد ووجب عليه ما يجب على المرتد عندنا •

فصـــــل

٧٥٨٧ ـ وان كان من أهل الذمة فانه يؤدب ولا يقتل ولا يكون بذلك ناقضاً للعهد •

٧٥٨٨ ـ وقال الشافعي يقتل ويصير ناقضا للعهد •

٧٥٨٩ ـ وكتاب المرتد يدور في الكتب جميعها في الاحكام • واذا قد ذكرنا احكام المرتد وما يجب عليه وله ، فهل من قصد رجلا ليقتله هل يباح ذلك له ام لا ؟

كتاب الصول

وهذا كتاب الصول

٧٥٩٠ ـ والصـول معنى محظور في الشرع مسقط للضمان فيمن يصح بذله من الناس واباحة دمة اذا اقدم على غيره •

فصـــل

٧٥٩١ ـ وقد اتفق الجميع على ان رجلا لو شهر سلاحا على غيره واراد قتله وغلب في ظن المقصود بذلك انه يريد قتله فقتله المشهور عليه السلاح فانه لا قصاص عليه ولا دية •

فصـــل

٧٥٩٢ ـ وان كان الشاهر صبياً أو مجنوناً فقتله فعليه ضمان ديتـه لانه لا يصح له فعل اباحة دمه •

---

(١) لم يذكر السمناني الآثار الواردة في اباحة دفع الصائل وهدر دمه دفاعا عن النفس والعرض والمـال • وقد ورد في ذلك احاديث عديدة منها حديث عن ابي هريرة قال : جاء رجل فقال يا رسول الله ارأيت ان جاء رجل يريد أخذ مالي ؟ قال فلا تعطه مالك •

قال : ارأيت ان قاتلني ؟ قال قاتله •

قال : ارأيت ان قتلني ؟ قال فانت شهيد •

قال : ارأيت ان قتلته ؟ قال : هو في النار •

ومنها « من قتل دون ماله فهو شهيد » •

ومنها « ومن اريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » •

ومنها « من قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون اهله فهو شهيد » (نيل الاوطار ج٥ ص٣٦٦ ـ ٣٦٧) •

فصـــل

٧٥٩٣ ـ وقالوا للابن والعبد والذمي ان يدفع عن نفسه الاب والمولى والمسلم • وان قتل واحد من هؤلاء الآخر لم يقتل ، وذلك مضى في الجنايات •

فصـــل

صول حيوان لغيره

٧٥٩٤ ـ وقال ابو حنيفة ومحمد ، اذا صال عليه بعير لغيره أو فرس أو من الحيوان ما له قيمة فقتله دفعا عن نفسه فعليه الضمان لمالكه •

٧٥٩٥ ـ وقال أبو يوسف والشافعي لا ضمان عليه في ذلك •

فصـــل

الاضطرار إلى طعام غيره

٧٥٩٦ ـ واتفق الجميع على انه لو اضطر الى طعام غيره ان له اخذه والضمان عليه واجب لانه اتلف مال آدمى طالبا لحياة نفسه •

٧٥٩٧ ـ وهـذا موجود في مسألتنا وقد يجوز الاقدام على الفعل ولا يسقط الضمان كمن ذبح شاة غيره وهو يعتقد انها لـه وكمن رمى صيدا فاصاب انسانا فقتله •

فصـــل

صول الصيد في الحرم

٧٥٩٨ ـ ولو صال عليه الصيد في الحرم أو الاحرام فقتله فلا جزاء عليه عندنا • وقال زفر عليه الجزاء كما لو اضطر الى قتله للحاجة •

فصـــل

تجاوز حد الدفاع عن النفس

٧٥٩٩ ـ ولو شهر على رجل في المصر عصا أو حجرا فقتله المشهور

عليه فان ابا حنيفة قال يجب عليه القود • لانه قتل من ليس له قتله •

٧٦٠٠ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لا يقتل ، وان كان العصا والحجر كبيرا تلزمه الدية •

فصـــل

الاطلاع على قوم

٧٦٠١ ـ ولو اطلع على قوم من كوة بغير اذنهم وهم منكشفون أو عند رجل حرمته (كذا) وليس المطلع من ذوي الارحام فقطع عينه ببندقة أو حصاة أو طعن عينه بعود فذلك هدر ولا شيء على الفاعل في روايـة الطحاوي • وهو قول الشافعي •

٧٦٠٢ ـ وقال الرازي يجب الضمان • وقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (من اطلع في بيت قوم بغير اذنهم ففقأوا عينه فلا دية ولا قصاص)[1] •

فصـــل

ما تفسده البهيمة

٧٦٠٣ ـ وما افســدت البهيمــة من زرع أو مال وليس معهــا احد فلا ضمان على مالكها لان جرح العجماء جبار • وقال الشافعي : ما افسدت ليلا من زرع أو مال وليس معها احد وجب الضمان •

---

(١) في الالمام لابن دقيق العيد (ص٤٦٠ ـ ٤٦١) عن ابى هريرة ان رسول الله (ص) قال : لو أن رجلا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه ، ما كان عليك جناح » •

وفي رواية : « من اطلع في دار قوم بغير اذنه فقد حل لهم ان يفقأوا عينه » لفظ مسلم •

وعند ابن حبان « من اطلع الى دار قوم بغير اذنهم ففقأوا عينه ، فلا دية ولا قصاص » •

فصـــل

٧٦٠٤ ـ وقد ذكر علي بن موسى في احكام القرآن الصغير له ان الدفع عن النفس ليس بواجب عند بعض الفقهاء •

٧٦٠٥ ـ وقال ذلك في تفسير قوله « ولئن بسطت الى يدك لتقتلني ما انا بباسط يدي اليك لاقتلك اني اخاف الله رب العالمين »(٢) • وذكر هناك اخباراً كثيرة في المعنى •

٧٦٠٦ ـ واذ قد ذكرنا حكم القتول من البهيمة والانسان ، وكان القتل في المحاربة واخذ اموال اهل الحرب في الصورة واحد وجب ان نبين هل يجوز ذلك ام لا : وما الذي ابيح لنا فعله وحرم علينا فعله ، وهـذا يتبين بان نذكر الغنيمة أو السير •

(٢) المائدة (٥/٢٨) •

كتاب السير والغنيمة[1]

٧٦٠٧ ـ اعلم ان جميع اهل العلم اتفقوا على جواز أكل ما غنمه الغانمون من اهل الحرب في الجملة وقد نزل القرآن فقال : (فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً)[٢] •

٧٦٠٨ ـ والجهاد احد عرى الاسلام ودعائمه واصوله واركانه وقوامه •

فصـــل

الآثار الواردة في الجهاد

٧٦٠٩ ـ وقد بين الله فضل المجاهد على القاعد ومدح من جاهد اشد مدح في كتابه وعلى لسان رسوله صلى الله عليه وسلم • وقد روى عنه عليه‌السلام انه قال : (القتل في سبيل الله يكفر جميع الذنوب الا الدين)[٣] •
وقال ابن مسعود (القتل في سبيل الله يكفر الذنوب كلها الا الامانة)[٤] •

---

(١) السير جمع سيرة والسيرة سلوك الانسان والمقصود بالسيرة في مصطلح الفقهاء ما استنبطه الفقهاء من احكام الجهاد بالرجوع الى سيرة النبي والخلفاء الراشدين في حروب الفتح والغزوات فالسيرة مجموعة قواعد السلم والحرب والهدنة في علاقة الدولة الاسلامية (دار السلم) بغيرها من الدول •

والسيرة في اللغة الاسم من السير اي الذهاب يقال سار بهم سيرة حسنة ، والسيرة الهيئة وفي التنزيل العزيز « سنعيدها سيرتها الاولى » وسيَّر سيره حدث احاديث الاوائل (لسان العرب) •

(٢) الانفال (٨/٦٩) •

(٣) كذا وقد ورد في نيل الاوطار (ج٧/٢٥١) بصيغة اخرى فجاء « عن عبدالله بن عمرو ان رسول الله (ص) قال : يغفر الله للشهيد كل ذنب الا الدَّين ، فان جبريل عليه السلام قال لي ذلك » رواه احمد ومسلم •

(٤) في نيل الاوطار (ج٧ ص٢٥١) « عن أنس قال : قال رسول
←

وقال سلمان الفارسي : من رابط يوماً [وليلة] في سبيل الله كان له كأجر صيام شهر وقيامه ، ومن قبض مرابطا في سبيل الله اجير من فتنة القبر[1] .
وكم فيه من الفضائل المأثورة والسنن الصحيحة النافعة .

فصـــل
مسائل السير

٧٦١٠ - والقاضي يحتاج الى معرفة من يسهم له ومن لا يسهم ومن يرضخ له ومن يصح امانه ومن لا يصح ، وكيف تقسم الغنائم ، وعلى من تقسم ، وما يؤخذ من الارض اذا فتحت عنوة أو أسلم اهلها عليها وما اخذه اهل الحرب من اموالنا واخذناه منهم وحكم الجزية والاسترقاق ومن يباح قتله ومن لا يباح قتله لانه ينوب عن الامام فيحتاج الى علم ما يتقدم به الامام اليه أو يحتاج الامام ان يفعله ويعلمه .

فصـــل
الدعوة أولاً

٧٦١١ - وكل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام فالسنة في قتاله ان يدعى الى الاسلام ويعلم بما يدعى اليه ونبين له شرائعه وفرائضه واحكامه ، فان اسلم كف عنه وخلي وشأنه ودعي الى التحول الى دار الاسلام والكون فيها ، فان لم يجب الى ذلك كله دعي الى الجزية ، فان بذلها كف عنه وان امتنع استعين بالله وقوتلوا على اسم (الله) وملة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

←

الله (ص) القتل في سبيل الله يكفر كل خطيئة ، فقال جبريل الا الدين . فقال (ص) الا الدين . رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن غريب .

(١) جاء في سنن النسائي (ج٦ ص٣٩) « عن سلمان الخير عن رسول الله (ص) قال : من رابط يوما وليلة في سبيل الله كان له كأجر صيام شهر وقيامه ، ومن مات مرابطاً اجرى له مثل ذلك من الأجر ، واجرى عليه الرزق وآمن من الفتان » .

فصـــــل

قتل الرجال دون النساء والصبيان

٧٦١٢ ـ ويقتل الرجال منهم وتسبى النساء والصبيان وسائر اموالهم وجميع ما تحويه ايديهم •

٧٦١٣ ـ ولا فرق عندنا بين اهل الكتاب من اليهود والنصارى المشركين من العجم • فاما مشركوا العرب فانهم لا يسترقون لفضيلة العرب على سائر انواع الناس •

٧٦١٤ ـ وقال الشافعي يسترقون في احد قوليه[1] •

فصـــــل

قتال من بلغته الدعوة

٧٦١٥ ـ وللامام ان يقاتل من بلغته دعوة الاسلام وعرف شرائعه من غير ان يدعوه الى الاسلام أو بذل الجزية عندنا لانه يعلم ما يدعى اليه وقد تركه عناداً أو رغبة عنه •

---

(١) انظر في الاحاديث الواردة في جواز استرقاق المشركين من العرب ما جاء في نيل الاوطار (ج٨ ص٤ ـ ٨) وقد رجح فيه الشوكاني جواز استرقاق كفار العرب كسائر الكفار من سائر الامم « فقد ثبت في جنس اسارى الكفار جواز القتل والمن والفداء والاسترقاق ، فمن ادعى ان بعض هذه الامور يختص ببعض الكفار دون بعض لم يقبل منه ذلك الا بدليل ناهض بخصوص العمومات » •

اما دعوى الحنفية فضيلة العرب على سائر انواع الناس فتنشكر ولا يسلم بها فان التفاضل بين الشعوب والامم بالتقوى كما صرح بذلك كتاب الله في اكثر من موضع فكيف بكفار العرب ! وكيف وقد ثبت عقلا وعلما فساد كل دعوى تفوق عنصر على عنصر •

فصـــــل

لا تقسم الغنائم في دار الحرب

٧٦١٦ ـ فاذا جمعت الغنائم كلها فانها لا تقسم في دار الحرب ، لان الحيازة لم تحصل فيها وما تم الملك عليها .

٧٦١٧ ـ وقال الشافعي تقسم وقد قسم النبي صلى الله عليه وسلم الغنائم بخيبر ولم يقسم بني المصطلق والنضير ولا في حنين حتى رجع .

فصـــــل

اشتراك المدد في الغنيمة

٧٦١٨ ـ وعندنا يشترك المدد للغانمين ما داموا في دار الحرب ، بهذا كتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى امراء الجيوش[١] .

٧٦١٩ ـ وقال الشافعي لا يشتركون .

٧٦٢٠ ـ واتفق الجميع على ان لهم ان يأخذوا ما يحتاجون اليه من العلف والطعام والشراب والسلاح ، وان العدو لو رجع واسترجع الغنائم ثم عاد المدد والجيش الاول فاخذوها انهم يشتركون فيها .

فصـــــل

الإسهام للرجال الأحرار

٧٦٢١ ـ ويسهم للرجال الاحرار البالغين المسلمين ولا خلاف في ذلك لانهم المخاطبون بالجهاد واقامة فرضة .

فصـــــل

لا يسهم لصبي غير بالغ ولا امرأة

٧٦٢٢ ـ ولا يسهم لصبي غير بالغ ولا امرأة تداوي الجرحى وان قاتلا يرضخ لهما من الغنيمة .

---

(١) وردت الاشارة الى هذا الكتاب في شرح السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني املاء محمد بن احمد السرخسي ، تحقيق صلاح الدين المنجد (ج٣ ص١٠٠٧) .

٧٦٢٣ ـ ولا يسهم لذمي استعان به الامام وانما يعطى على سبيل الرضخ[١] .

فصـــــل
الرضخ للعبد

٧٦٢٤ ـ ويرضخ للعبد ولا يسهم له ، ويكون ما يأخذه لمالكه الذي ملكـه .

فصـــــل
ممن يصح الأمان[٢]

٧٦٢٥ ـ وكل واحد ممن له سهم كامل في الغنيمة فانه يصح امانـه لاهل الحرب ، ويجب على كافة المسلمين ان ينفذوا ذلك ويحرم القتال بذلك الأمان على من يريد القتال ، ولا فرق بين العدل والفاسق والعربي والعجمي في هذا الحكم لانه يملك القتال بنفسه وله ولاية على غيره .

فصـــــل
هل يصح الأمان من العبد

٧٦٢٦ ـ فاما العبد فانه لا يصح امانه عند ابي حنيفة الا ان يكون المولى قد اذن له في القتال ، فان لم يأذن له في ذلك فامانه باطل .

٧٦٢٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي امانه جائز في الوجهين جميعـاً .

---

(١) الرضخ العطية القليلة (نيل الاوطار ، ج٧ ص٣٢٠) .

(٢) ورد في الامان آثار عديدة (انظر سبل السلام ، ج٤ ص٦٠ ـ ٦١) .

فصـــــل

٧٦٢٨ ـ والمرأة اذا أمنت صح أمانها وكذلك التجار من المسلمين واهل سوق العسكر وان لم يسهم لهم لانهم من اهل الولاية والقتال .

٧٦٢٩ ـ وقد امنت ام هانيء وزينب ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجاز ذلك النبي صلى الله عليه وسلم[1] .

الغنائم

فصـــــل

حكم الغنائم في دار الإسلام

٧٦٣٠ ـ واذا جمعت الغنائم في دار الاسلام نظر الامام اليها ، فان كان فيها مال قد اخذ من المسلمين قد كان الكفار اخذوه على سبيل الغصب أو القهر والغلبة وله صاحب حاضر اخذه بغير شيء[2] .

٧٦٣١ ـ وقال الزهري والحسن يخمس الجميع ولا يرد على احد ما عرف من ماله لانهم ملكوه عليه .

فصـــــل

٧٦٣٢ ـ وعندنا يرد قبل القسمة بغير شيء ، وبعد القسمة يأخذه مولاه بقيمته لان بالقسمة استقر ملكه عليه .

(١) ام هانيء بنت ابى طالب بن عبد مناف القرشية بنت عم النبي (ص) واختلف في اسمها فقيل هند وقيل فاطمة وقيل فاختة (اسد الغابة ٥/٦٢٤) .

(٢) في نيل الاوطار (ج٨ ص٢٣٣) عن ابن عمر « انه ذهب فرس له ، فاخذه العدو فظهر عليهم المسلمون فرد عليه في زمن رسول الله (ص) » .

فصل

يملك الكفار بالقهر والغلبة

٧٦٣٣ ـ وعندنا ان الكفار يملكون بالقهر والغلبة •

٧٦٣٤ ـ وقال الشافعي لا يملكون •

٧٦٣٥ ـ ولا خلاف انا نملك عليهم ما نأخذه من اموالهم وبهذا جاء القرآن ووردت السنة واجمع عليه العلماء •

فصل

لا تضمين بين المتحاربين

٧٦٣٦ ـ واتفق العلماء على ان كل ما اتلفوه علينا (من مال) أو نفس أو طرف فانا لا نضمنهم ذلك ولا يرجع به على من اسلم منهم وان حكمهم في ذلك وحكمنا معهم سواء •

فصل

٧٦٣٧ ـ وقال ابو حنيفة لو اخذوا لنا مدبرا لم يملكوه ورد الى مولاه بغير شيء بعد القسمة وقبلها •

٧٦٣٨ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يملكونه •

٧٦٣٩ ـ واتفق على (ان) ام الولد لا تملك بالقهر على مولاها •

فصل

٧٦٤٠ ـ ومن اسلم هناك فانه يقر في يديه ماله من مال ورقيق ومتاع وذهب وفضة ، وماله من وديعة عند مسلم أو ذمي وما كان في يد حربي فانه يكون فيئاً ، وكذلك اراضيه •

٧٦٤١ ـ وقال الشافعي كل ماله قد حرزه[1] باسلامه في سائر الاسهام•

---

(١) حرز المال حرزا حفظه واصابه •

٧٦٤٢ ـ وقد روى عن ابي يوسف مثل ذلك لانه يده ثابتـة من طريق المشاهدة على المنقول ، فاما العقار فلا •

فصـــــل

٧٦٤٣ ـ ولو خرج الينا مسلما فجميع ماله هنالك يخمس ولا يجوز به وكذلك اذا ترك اولادا له هناك صغارا •

فصـــــل

٧٦٤٤ ـ وان كات له زوجة وهي حبلى فانها تسترق وما في بطنها •

٧٦٤٥ ـ وقال الشافعي لا يسترق اولاده ولا الحمل الذي لـه من زوجة أو ملك يمين وهو كالمسلم في دار الاسلام •

٧٦٤٦ ـ لانه لم يحرز ذلك بدارنا ولا صار محظورا على احد اخذه •

فصـــــل

غزاة دون التسعة

٧٦٤٧ ـ وكل عدد دخل دار الحرب من المسلمين دون التسعة فانه لا يخمس ما يأخذون وهم في حكم اللصوص عندنا •

٧٦٤٨ ـ وقال الشافعي يخمس ذلك •

٧٦٤٩ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ، قال خير الرفقة اربعة والسرايا اربعمائة والجيوش اربعـة آلاف ولا يغلب اثنا عشـــر الفا من قلـة •

فصـــــل

التخميس

٧٦٥٠ ـ والامام أو الامير يجزىء الغنائم اجزاءً من سائر المنقولات

فيعطي اربعة اخماسها للغانمين ويعزل الخمس من ذلك •

٧٦٥١ ـ ولا خلاف في ان الغانمين لهم اربعة اخماس الغنيمة •

فصـــــل

تقسيم الخمس

٧٦٥٢ ـ فاما الخمس وكيف يقسم فقد اختلف العلماء في ذلك على ضروب من الخلاف • فمنهم من قال يقسم ستة اسهم سهم لله تعالى يصرف الى الكعبة وسهم للرسول يصرف الى الخليفة بعده لانه قائم مقامه ، وسهم الى ذوي القربى المذكورين في الآية ، فمنهم من قال قرابة النبي صلى الله عليه وسلم ومنهم من قال قرابة الخليفة بعده ، ومنهم من قال قرابة الغانمين، ومنهم من قال لا يقسم هكذا ولكن يقسم على اربعة اسهم سهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لبني السبيل ويأخذ من (سهم) ذوي القربى بنو هاشم وبنو المطلب ولا يأخذ منه بنو نوفل ولا بنو عبد شمس ، وهذا قول الشافعي ،

٧٦٥٣ ـ وقال مالك لا يقسم اخماساً ولكن يقسم على ما يراه الامام من ذلك ولا يتجاوز هذه الاصناف الى غيرها ، وله ان يفضل بعضهم على بعض ويعطي بعضهم دون بعض • وقال اصحابنا جميعا يقسم اليوم الخمس على ثلاثة اسهم على اليتامى والمساكين وابن السبيل وسقط سهم الرسول بذهابه وسقط سهم ذوي القربى •

٧٦٥٤ ـ وهكذا قسمه أبو بكر وعمر رضى الله عنهما •

٧٦٥٥ ـ وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان عمر عرض علينا ان يزوج منه أيمنا ويقضى منه عن غارمنا فأبينا منه الا ان يدفعه الينا بأسره فابى علينا •

وقد روى عن جعفر بن محمد[1] انه سئل عن ذلك فقال : كان علي رضي الله عنه على مذهب اهله فقال له محمد بن اسحق فلم لم يحكم بذلك ؟

٧٦٥٦ ـ قال كراهة ان ينسب الى خلاف صاحبيه • وقد روى عن عثمان بن عفان وجبير بن مطعم[2] انهما قالا للنبي عليه الصلاة والسلام •

٧٦٥٧ ـ يا رسول الله اننا لا ننكر قرابة بني هاشم وفضلهم فما بال بني المطلب اعطيتهم ومنعتنا وقرابتنا وقرابتهم واحدة ؟

فقال : ان بني المطلب لم يفارقونا في جاهلية ولا في اسلام وشبك بين أصابعه • ولو اعتبر عموم اللفظ دخل فيهم الجميع ، فعلم انه لم يعطهم لاجل القرابه وانما اعطاهم لاجل النصرة •

٧٦٥٨ ـ وقد روى عن ابي يوسف انه كان لهم سهم يستحقونه بالبصـرة •

فصـــل

٧٦٥٩ ـ ومن كان من ذوي القربى من الاصناف الثلاثـة وهو فقير فانه يعطى من ذلك السهم لانه من جملتهم لا للقرابة •

٧٦٦٠ ـ وقال الشافعي لا يدخلون في اصحاب السهام ولهم سهم مفـرد •

---

(١) الامام جعفر بن محمد الصادق الذي ينسب اليه المذهب الجعفري من مذاهب الامامية •

(٢) هو جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف بن قصي القرشي النوفلي يكنى ابا محمد وقيل ابا عدي ، كان من حكماء قريش وساداتهم وكان يؤخذ عنه النسب لقريش وللعرب قاطبة ، وكان يقول اخذت النسب عن ابى بكر الصديق (رض) (اسد الغابة ١/٢٧١) •

٧٦٦١ ـ والخمس انما اخذوه بدلا من الزكاة ولهذا قال عليه‌السلام : اليس في الخمس ما يغنيكم عن اوساخ الناس[١] ؟ فعلم انه مأخوذ من الزكاة •

فصـــل

٧٦٦٢ ـ وسائر ما يؤخذ من دار الحرب يخمس الا الحشيش لانه مال وصل الينا بزوال يد اهل الحرب •

فصـــل

حكم الأرض المفتوحة

٧٦٦٣ ـ واما الارض فالامام بالخيار ان شاء ان يقسم قسمها وان شاء أقرها في يد اهلها ووضع عليهم الخراج كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالسواد وان شاء نقل اليها غير اهلها •

فصـــل

أرض السواد

٧٦٦٤ ـ وقد اختلف العلماء في ارض السـواد فقال اصحابنا هي مملوكة يجوز بيعها ويجرى فيها سهام المواريث •

٧٦٦٥ ـ وقال الشافعي نفسه لا ادري ما صنع عمر رضى الله عنـه بارض العراق ، وأما اصحابه فمنهم من قال باعها من اربابها وما يؤخذ من الخراج فهو ثمن لها ، ومنهم من قال هو أجرة عنها تؤخذ منهم[١] •

---

(١) هذه مسئلة تكييف وخلاف اثير مؤخرا حول طبيعة التصـرف الذي قام به عمر بن الخطاب (رض) حين اقر الارض المفتوحة بايدي فلاحيها ودهاقينها في مقابل الخراج • والظاهر ان عمر بن الخطاب لم يقصد الى بيع ولا الى اجارة ، وانما قصد حبس الارض المفتوحة بخراجها لينفق من ←

فصـــل

٧٦٦٦ ـ ويجوز وقفها عندنا ، وتؤخذ بالشفعة وهي كسائر البلاد •

فصـــل

أرض العرب

٧٦٦٧ ـ وارض العرب لا يجوز ان يوضع عليها خراج لان النبي صلى الله عليه وسلم فتح مكة عنوة عندنا ووضع عليها العشـر ولم يضـع الخـراج •

٧٦٦٨ ـ وقد قال الشافعي مكة فتحت صلحا ولو كانت صلحا لما كان لذكر الفتح معنى ولا نزل به القرآن •

فصـــل

مقدار خراج عمر

٧٦٦٩ ـ والخراج الذي وضعه عمر رضى الله عنه على العراق هو عن كل جريب لزرع الحنطة والشعير والحبوب قفيز درهم ، والقفيز ثمانية ارطال بالعراقي ومن الكرم والنخل عشرة دراهم •

⟵

الخراج على مصالح الدولة والدواوين التي دونها ، وان تصرفه نوع من فرض الضريبة على الارض الزراعيـة الى تعد رقبتها مملوكة للدولـة وحق الانتفاع بها وزرعها للفلاحين والمزارعين • وقد كانت هذه الضريبة معروفة قبل الاسلام عند الساسانيين كما تروى كتب التاريخ الاسلامي الشـهيرة ككتاب تاريخ الرسل والملوك للطبري فاقتبس عمر هذا النظام من الدولة الساسانية بعد تهذيبه ومصادرة الاقطاع الطبقي الذي كان مقرراً في عهد الاكاسرة للاسرة المالكة ورجال الدين وتحرير الفلاحين من نير الامتيازات الطبقية باعلان مبادىء المساواة الاسلامية (يراجع كتـاب الخراج لابى يوسف) •

فصـــــل

٧٦٧٠ ـ وجريب النخل اربعون نخلة عددا لا مســاحة ولم ار لاصحابنا في كتاب وصل الينا ذكر مساحة الجريب بالذرعان •

فصـــــل

سلطة الإمام في تعيين الخراج

٧٦٧١ ـ ويجب ان يرجع في ذلك الى ما يراه الامام (و) ما يعهده اهل كل بلد من ذلك وعمل ذلك على العادة اذا جهلنا نص الشــارع في ذلك • قال اصحابنا : فيما لم ينص على بيعه كيلا ولا وزنا انه يرجع الى عادة البلاد في ذلك •

٧٦٧٢ ـ وقال الشافعي يرجع الى عادة اهل الحجـاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا اعرف قوله في المساجد ايضا •

الفي[1]

٧٦٧٣ ـ والخراج والجزية وكل ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب

---

(١) الفيىء ما كان شمسا فنسخه الظل ، والجمع افياء وفيؤ ، وفاء رجع ، وفاء الى الأمر يفيء فيئاً وفيوأ رجع اليه · وفي الحديث : الفيء على ذي الرجم اي العطف عليه والرجوع اليه بالبر · استفاوا : رجعوا عن طلب التره الى قبول الدية · وفلان سريع الفيء من غضبه ، وفاء من غضبه رجع · وفاء المُولي من امرأته كفر يمينه ورجع اليها ، قال الله تعالى « فان فاؤا فان الله غفور رحيم » ·

قال : الفيء في كتاب الله تعالى على ثلاثة معانٍ مرجعها الى اصل واحد ، وهو الرجوع :

١ ـ الفيء من الايلاء وهو الرجوع الى ما حلف ان لا يفعله ،

٢ ـ والفيء الغنيمة والخراج ، تقول منه افاء الله على المسلمين مال الكفار يفيء افاءة ، وقد تكرر في الحديث ذكر الفيء على اختلاف تصرفه ، وهو ما حصل للمسلمين من اموال الكفار من غير حرب ولا جهاد ، واصل الفيء الرجوع ، كأنــه كان في الاصــل لهم فرجع اليهم · قال الله تعالى : « ما افاء الله على رسوله من اهل القرى » ·

التهذيب : الفيء ما رد الله تعالى على اهل دينه من اموال من خالف دينه بلا قتال ، اما بأن يجلوا عن اوطانهم ويخلوها للمسلمين ، أو يصالحوا على جزية يؤدونها على رؤسهم أو مال غير الجزية يفتدون بــه من ســفك دمائهم ، فهذا المال هو الفيء في كتاب الله ، قال الله تعالى « فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب » اي لم توجفوا عليه خيلا ولا ركابا ، نزلت في اموال بني النضير حين نقضوا العهد وجلوا عن اوطانهم الى الشام ، فقسم رسول الله (ص) اموالهم من النخيل وغيرها في الوجوه التي اراه الله ان يقســمها ، وقسمة الفيء غير قسمة الغنيمة التي اوجف الله عليها بالخيل والركاب ·

٣ ـ وكذلك قوله تعالى في قتال اهل الفيء « حتى تفيء الى امر الله » اي ترجع الى الطاعة (لسان العرب) ·

فهو الفيء وفيه ارزاق القضاة والعلماء والقراء ومصالح المسلمين من القناطر والرباطات وارزاق الذرية •

وهل يخمس ذلك ام لا ؟ فقد اختلف اصحابنا فمنهم من قال يفعل فيه كما يفعل في الغنيمة ويخمس ويكون خمس الخمس على ما تقدم من الخلاف مقسـوماً •

الجزية

٧٦٧٤ ـ ويضرب على الرقاب الجزية[١] (على) الرجال البالغين العقلاء ، فيؤخذ من الفقير اثنى عشر درهما ومن المتوسط اربعة وعشرون درهما ومن الغني المكثر ثمانية واربعون درهما • وهكذا ضرب عمر بن الخطاب رضى الله عنه الجزية على اهل العراق ، ولم ينكر عليه ذلك احد من الصحابة رضى الله عنهم فصار ذلك اجماعا •

٧٦٧٥ ـ وقال الشافعي اقل الجزية دينار ، وسائر الناس في ذلك سواء وان رأي الامام الزيادة زاد في ذلك •

فصــــل

الفقير والمتوسط والغني

٧٦٧٦ ـ وقد طبق اصحابنا الطبقات الثلاث فقالوا الفقير من يملك نصابا من العين أو ما قيمته ذلك الى النصاب الاقل الى الالف • والمتوسط هو من يملك من الف الى عشرة آلاف • والغني المكثر من يملك من عشرة آلاف وما زاد •

فصــــل

القول لمن في الفقر

٧٦٧٧ ـ وان اختلفا في الفقر واليسار فالقول قول الدافع للجزية ، وهو كالنفقة القول قول الزوج •

فصــــل

العبرة ببينة العامل

٧٦٧٨ ـ وان اقام العامل بينة والذمي بينة فالبينة بينة العامل لانها

---

(١) الجزية خراج الارض والجمع جِزىً وجِزى ، وجزية الذمى منه (لسان العرب) •

تثبت الغني والمال •

فصـــــل

أرض العشر

٧٦٧٩ ـ وكل ارض اسلم عليها اهلها فهي ارض عشر لا خراج •

فصـــــل

لا جمع بين عشر وخراج

٧٦٨٠ ـ ولا يجتمع عندنا على مسلم في ارضه عشر وخراج •

٧٦٨١ ـ وقال الشافعي يجمع ذلك كله ، لان كل واحد وضع لجهة فلا يجتمعان •

فصـــــل

تأبيد الخراج

٧٦٨٢ ـ والخراج اذا وضع على الارض فهي ابدا ارض خراج ولا تنتقل عند ابي حنيفة الى العشر ابدا •

٧٦٨٣ ـ والارض العشرية يجوز ان تنتقل الى الخراج اذا اشتراها الذمي من مسلم فانه يوضع عليها الخراج ثم لا تعود الى العشر ابدا •

٧٦٨٤ ـ وقال ابو يوسف اذا رجع المسلم فاشتراها من الذمي عادت الى العشر •

٧٦٨٥ ـ وقال محمد لا عبرة بمالك الارض وانما المعتبر بالارض نفسها فما كانت في الاصل عشرية فهي ابدا كذلك وكذلك الخراجية •

فصـــــل

لا زيادة على الخراج العُمري

٧٦٨٦ ـ والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على الارض ليس

لاحد من الائمة ان يزيد عليه عند ابي يوسف ، لان عقود الائمة لا تنقض.

٧٦٨٧ ـ وقال محمد له الزيادة في ذلك اذا احتملت الارض ذلك .

فصــــل

جزية سنة واحدة

٧٦٨٨ ـ ولا يؤخذ من الذمي الا جزية سنة واحدة فان فات عليه سنون لم تؤخذ .

٧٦٨٩ ـ وهذا قول ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يؤخذ لما مضى لانه دين عليه .

فصــــل

٧٦٩٠ ـ وعندنا انها تسقط بالاسلام والموت وقال الشافعي لا تسقط .

٧٦٩١ ـ لان الصغار لا يوجد بعد ذلك(١) .

فصــــل

المعتبر في استحقاق الغنيمة

٧٦٩٢ ـ والمعتبر في استحقاق الغنيمة يوم دخول دار الحرب فمن كان فارساً اسهم له سهم فارس وان نفق فرسه ، ومن كان راجلا اعطى سهم راجل وان ملك فرسا .

٧٦٩٣ ـ وقال الشافعي المعتبر منقضى الحرب .

فصــــل

سقوط الحق في الغنيمة

٧٦٩٤ ـ ومن مات من الغانمين في دار الحرب قبل القسمة والحيازة

---

(١) اشارة الى قوله تعالى « عن يد وهم صاغرون » .

بدار الاسلام سقط حقه من الغنيمة • وقال الشافعي لا يسقط ، وان مات في دار الاسلام فحقه باق •

فصـــــل

حكم السبي قبل القسمة

٧٦٩٥ ـ ومن زنى بأمة من السبى قبل القسمة أو سرق او قتل عبدا من الغنيمة فلا حد عليه ولا ضمان ولا قطع ولا قصاص ، لانه على اصل الاباحـة •

فصـــــل

٧٦٩٦ ـ وان اعتق عبدا من الغنيمة بعد الحيازة لم يعتق لجواز ان لا يقع في سهمه •

فصـــــل

ما يسهم للفارس والفرس

٧٦٩٧ ـ ويسهم للفارس سهمان سهم له وسهم لفرسه ، ولا يسهم لاكثر من فرس واحد(١) •

٧٦٩٨ ـ وقالا والشافعي يعطى ثلاثة اسهم سهمان لفرسه وسهم واحد له(٢) •

٧٦٩٩ ـ ويسهم لفرسين من الجانب(٣) ولا يزاد على ذلك •

---

(١) جاء في سبل السلام (٤/٥٨) : ذهبت الهادوية والحنفية الى انه الفرس له سهم واحد ، لما في بعض روايات ابى داود بلفظ « فاعطى للفارس سهمين وللراجل سهما » وانظر نيل الاوطار (ج٧ ص٣٢١) •

(٢) جاء في سبل السلام (٤/٥٨) : عن ابن عمر « قال قسم رسول الله (ص) يوم خيبر للفرس سهمين وللراجل سهما » • متفق عليه واللفظ للبخاري ولأبى داود ••• واليه ذهب الناصر والقاسم ومالك والشافعي •

(٣) في سبل السلام (٤/٥٨) لا يسهم الا لفرس واحد ، ولا يسهم لها الا اذا حضر القتال •

فصـــــل

٧٧٠٠ ـ والعجمي والعربي والتركي في ذلك سواء •

فصـــــل

٧٧٠١ ـ ولا يسهم لبغل ولا حمار ولا جمل ولا شيء سوى الخيل خاصـة •

فصـــــل

التنفيل(١)

٧٧٠٢ ـ وللامام ان ينفل قبل القسمة واللحوق بدارنا ، وليس له بعد القسمة واللحوق بدارنا •

فصـــــل

السلب

٧٧٠٣ ـ والسلب [لا] يخمس الا ان يشترط الامام ذلك(٢) •

٧٧٠٤ ـ وقال الشافعي السلب للقاتل اذا قتله مقبلا غير مدبر وهو من اهل السهمان •

---

(١) التنفيل هو ان يقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه • وقد جاء في سبل السلام (٤/٥٩ ـ ٦٠) « عن ابن عمر (رض) قال : كان رسول الله (ص) ينفل من يبعث من السرايا لانفسهم خاصة ، سوى قسمه عامة الجيش » • متفق عليه • فيه انه (ص) لم يكن ينفل كل من يبعثـه بل بحسب ما يراه من المصلحة في التنفيل •

(٢) يراجع نيل الاوطار باب ان السلم للقاتل وانه غير مخموس (٧/٢٩٧ وما بعدها) •

فصـــل

من لا يقتل

٧٧٠٥ ـ ولا يقتل صبي ولا امرأة ولا اعمى ولا راهب ولا شيخ هرم الا ان يقاتل فيقتل[1] .

فصـــل

٧٧٠٦ ـ وكذلك من له رأي في الحرب .

٧٧٠٧ ـ وللشافعي في قتل الشيوخ والرهبان قولان .

٧٧٠٨ ـ وكتاب السير الكبير لمحمد بن الحسن (الشيباني) سمعت قاضي القضاة رحمه الله يقول فيه اربعة آلاف خبر بيّن احكامها وتكلم على تأويلاتها فلا يمكن الا اذا كان هذا الكتاب من الكتب الكبار .

٧٧٠٩ ـ واذ قد ذكرنا بعضا من جمله وكان اخذ القضاة اموال المسلمين في الصورة مثل اخذ المسلمين اموال اهل الحرب وجب بيان ذلك وحكمه ، وهذا يعرف بذكر الغصب .

---

(١) يراجع نيل الاوطار باب الكف عن قصد النساء والصبيان والرهبان والشيخ الفاني بالقتل (٧/٢٧٩ وما بعدها) .

كتاب الغصب

وهذا كتاب الغصب[1]

الآيات والآثار الواردة في الغصب

٧٧١٠ ـ المعقول من الغصب انه فعل مذموم من فاعله يستحق بـه المأثم ، وقد قال الله : « يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » الى قوله « ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا ، وكان ذلك على الله يسيرا »[2] • وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : من غصب شبرا من ارض طوقه يوم القيامة من سبع ارضين[3] • وروى عنه عليه الصلاة والسلام : انه قال (ليس لعرق ظالم حق)[4] • وقد روى في سبب هذا الخبر انه عليه السلام امر بقلع النخيل وقال الراوي : فلقد رأيت الفؤس تعمل في اصولها وانها

---

(١) الغصب لغة أخذ الشيء ظلماً ، غصب الشيء يغصبه غصـبا واغتصبه فهو غاصب ، وغصبه على الشيء قهره وغصبه منه ، والاغتصاب مثله ، والشيء غصب ومغصوب • ويكرر في الحديث ذكر الغصب وهو اخذ المال ظلما وعدوانا ، وفي الحديث أنه غصبها نفسها اراد انه واقعها كرهـا فاستعاره للجماع (لسان العرب) •

(٢) النساء (٤/٢٩) •

(٣) في سبل السلام (٣/٧٠) عن سعيد بن زيد ان رسول الله قال : (من اقتطع شبراً من الأرض) اي من أخذه ، وهو احد الفاظ الصحيحين (ظلما طوقه الله يوم القيامة اياه من سبع ارضين) • متفق عليه •

(٤) في سبل السـلام (٣/٢٧) عن عروة بن الزبير (رض) قال : قال رجل من اصحاب رسول الله (ص) ان رجلين اختصما الى رسول الله (ص) في ارض غرس احدهما فيها نخلا والارض للآخر ، فقضى رسول الله (ص) بالارض لصاحبها ، وامر صاحب الارض ان يخرج نخله فقال ليس لعرق ظالم حق (وانظر نيل الاوطار ، ج٥ ص٣٥٩) •

لنخيل غمر والغمر الطوال[1] .

فصـــــل

ماهية الغصب

٧٧١١ ـ والغصب ان يأخذ الانسان مالا ليس له اخذه ولا له حق في امساكه وحبسه على مالكه قاصدا الى الحيلولة بينه وبين مالكه ، وتغيبه عن عينه .

٧٧١٢ ـ وقد اجمع العلماء على ان هذا الفعل محرم بالشرع ممنوع منه بالعقل ، وانه يجب على فاعله رد العين على مالكها اذا قدر على ذلك ، وتمكن منه وانها ان تلفت في يديه وجب عليه مثلها ان كان لهـا مثل أو قيمتها ان كان لهاقيمة ، لقوله عليه الصلاة والسلام : (على اليد ما اخذت حتى ترد)[2] .

فصـــــل

ذوات الأمثال

٧٧١٣ ـ وذوات الامثال هي المكيلات والموزونات من كل نوع يجوز السلم فيه أو يجوز استقراضه وذلك كالحنطة والشعير والزبيب والتمر والذرة والارز والدراهم والدنانير .

فصـــــل

ذوات القيم

٧٧١٤ ـ وذوات القيم فهي الحيوان والنبات والجوهر واللؤلؤ وكل

---

(١) في نيل الاوطار (ج٥ ص٣٥٩) « وانهـا لنخل عُمّ » . وعم جمع عميمة وهي الطويلة .

(٢) نيل الاوطار (٥/٣٦١) .

ما لا يصح السلم فيه ، وقد بينا في كتاب البيوع ما يجوز من ذلك وما لا يجوز ، وذكرنا الخلاف في ذلك وقلنا ان الجوز واللوز والبيض يجوز السلم فيه كيلا ووزنا وعددا وانه من ذوات الامثال ، وان زفر والحسن بن زياد قالا ان ذلك من ذوات القيم •

فصل

٧٧١٥ ـ وبينا ان القياس يقتضي ان لا يجوز السلم في الثياب ، والاستحسان ان يجوز ذلك وذكرنا خلاف الشافعي في الحيوان ومالك في الجلود والرؤس • وذكرت الوجه في ذلك •

فصل

ضمان ماله مثل

٧٧١٦ ـ وعندنا يضمن ماله مثل بمثله وهو قول الشافعي ومالك •

٧٧١٧ ـ وقد حكى في الخلاف ان من الناس من يقول يضمن بقيمته يوم الاخذ لا مثله •

٧٧١٨ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ان رجلا اعتق شقصاً في عبد فضمنه النبي عليه السلام قيمة نصيب شريكه ولم يوجب عليه نصف عبد ، ولا خيره في ذلك ، فدل على اعتبار القيمة فيما ذكرناه •

٧٧١٩ ـ واما ذوات الامثال فقال : الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة بالفضة مثل بمثل ، الخبر فاعتبر المماثلة في الجنس والوزن • وكذلك سائر ما تضمنه خبر الربا •

٧٧٢٠ ـ فيجب ان يكون على المتلف مثل ما اتلف وبهذا خالف ذوات القيم فانه لو اعتبر فيها القيمة في العقد لما صح بيع سلعة باكثر من قيمتها ولا اقل ، وهذا لا يقوله احد من العلماء •

فصـــــل

٧٧٢١ ـ وما ذكرناه دليل على ابطال قول من قال ان الاجناس تضمن بمثلها ، وضمن الحيوان بمثله من جنسه ، وكذلك الثياب والاواني وسائر صنوف الاموال لانه عليه السلام لم يضمن المعتق نصف عبد مثله مع ان الحيوان لا يكاد يتساوى في القيمة لاختلاف الصور والخواص التي فيـه والعلوم والصنائع •

فصـــــل

المعتبر في القيمة

٧٧٢٢ ـ والمعتبر في القيمة التي يقضى بها يوم الغصب ، ولا عبرة بما زاد ونقص من ذلك عند اصحابنا •

٧٧٢٣ ـ وقال زفر والشـافعي يضـمن اعلى ما كان موجـودا من يوم الغصب الى يوم الهلاك لان الغصب سبب لثبوت الضمان ومحله الذمة وذلك لا يصح فيه الزوائد ، والغصب هو الذي اقتضى ذلك فلا يجوز ان يتجدد به ضمان من جنسه ، مع بقائه ويخالف الجناية فان الذي يتولد منها جناية والغصب لا يتولد منه اعيان •

فصـــــل

قيمة المثلى المنقطع

٧٧٢٤ ـ وان كان مما له مثل ثم انقطع المثل من ايدي الناس فعليه قيمة ذلك يوم الخصومة عند ابي حنيفة •

٧٧٢٥ ـ وقال ابو يوسف عليه قيمته يوم الغصب •

٧٧٢٦ ـ وقال محمد عليه قيمة ذلك آخر ما كان موجودا الا انـه في تلك الحال تعذر الرد •

فصـــل

الضمان عند تعذر الرد

٧٧٢٧ ـ ولا فرق بين ان يتعذر الرد على المالك بفعل الغاصب أو بفعل الله تعالى أو بفعل غيره من الناس لان الغصب يقتضي الضمان عند تعذر رد العين ، وهو مأمور برد العين الى مالكها وترك التعدي •

فصـــل

سقوط الضمان عن الغاصب بإتلاف المغصوب منه

٧٧٢٨ ـ ولو ان المغصوب منه كان المتلف للعين أو الجاني عليها جناية لو فعلها غيره على ملكه ازال ملكه عنها ووجب عليه الضمان بذلك فان ذلك يسقط الضمان عن الغاصب وهذا كأكل العين أو قتل العبد أو قطع طرفه •

٧٧٢٩ ـ وقد قال الشافعي ان قدم الغاصب الطعام الى مالكه فأكله فانه لا يبرأ من الضمان ، وللمالك ان يضمنه ذلك في احد قوليه اذا كان لا يعلم بذلك •

فصـــل

٧٧٣٠ ـ واتفق الجميع على انه لو اطعمـه لأجنبي ان للمالك ان يضمن الاجنبي ذلك ولا يرجع به على الغاصب فكيف يرجع المالك عـلى الغاصب بما يجب عليه ضمانه لو كان اجنبياً •

فصـــل

شرط العدوان

٧٧٣١ ـ ولا يجب الضمان على الغاصب الا بقبض العين المغصوبة أو تسليمه اياها الى غيره ، لان الضمان بفعل ، على طريق العدوان فلابد من اعتبار وجوده فيجب الضمان •

فصـــل

ما لا ينقل

٧٧٣٢ ـ ولا يجب ضمان ما لا ينقل ويحول من الاعيان كالعقار عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٧٧٣٣ ـ وروى ابو يوسف انه يجب الضمان وهو قول محمد والشافعي •

٧٧٣٤ ـ لان العقار في محل قبضه ولا يمكن ان يغيبه عن المالك فلا يوجد فيه غير الحيلولة وذلك لا يوجب الضمان كما لو حبس المالك عن ماله[١] •

فصـــل

منافع المغصوب

٧٧٣٥ ـ وعلى هذا قال اصحابنا لا يجب عليه ضمان المنافع سواء استوفاها أو تلفت تحت يده كما لا يجب في منفعه البضع اذا تلفت على الزوج •

٧٧٣٦ ـ وقال الشافعي يجب ضمان المنافع سواء تلفت تحت يده أو استوفى ذلك[١] • ولو غصب عبدا يطبخ ويخبز ويعمل الاعمال ودقيق الصنائع فاي منفعة يضمنها من ذلك له جميع ذلك أو البعض ؟ وباي شيء خصص ذلك وما وجد العمل منه لهذه الصنائع •

فصـــل

ارش ما نقص العين المغصوبة

٧٧٣٧ ـ وان نقصت العين المغصوبة أو دخلها عيب من طريق الحكم

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ، ص١١٨ •

(٣) انظر في قول مالك في منافع المغصوب كتاب الافصاح لابن هبيرة ٢/٢٧٢ •

أو المشاهدة كذهاب عين أو طرف أو ما يعده التجار عيبا في العادة فانه يرد العين وارش ذلك العيب تقوم ولا عيب بها يوم الغصب ، وتقوم وبها العيب فما فضل منهما رده مع العين ، لان كل جزء مضمون لان الجملة مضمونة •

فصـــل

٧٧٣٨ ـ وان كانت العين المغصوبة مما لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالحنطة وسائر المكيلات والذهب والفضة وسائر الموزونات فدخل ذلك عيب من عفن أو ما يشبه • ذلك أو هشم الاناء الفضة أو الذهب أو مما يباع وزنا في الآنية فالمغصوب منه بالخيار ان شاء اخذ ذلك مكسورا أو مهشوما وان شاء اخذ قيمته من الذهب ان كان المكسور فضة وقيمته فضة ان كان المكسور ذهبا ، وكذلك سائر الاواني من الموزونات ، لان الجنس لا يباع بجنسه متفاضلا فكذلك لم يضمن النقصان ويلقي معه الإصل زيادة •

فصـــل

زيادة العين المغصوبة

٧٧٣٩ ـ واذا زادت العين المغصوبة في بدنها أو ولدت ان كانت جارية أو حيوانا سواها فالزيادة غير مضمونة عندنا ولا يضمن الا بما يضمن به سائر الامانات •

٧٧٤٠ ـ وقد روى الطحاوي ان ذلك لا يضمن الا في المتصل خاصة عند ابي حنيفة لانه ضمان من غير جنس الاول[١] •

٧٧٤١ ـ وقال زفر والشافعي الجميع مضمون عليه في المتصل والمنفصل ، وان الضمان يسرى من الاصل الى الفرع •

٧٧٤٢ ـ لان الزيادة حدثت بغير فعله ولم يوجد ما يوجب الضمان فيها فلم تصر مضمونة •

---

(١) لم ترد هذه الرواية في مختصر الطحاوي •

فصـــل

المنع يوجب الضمان

٧٧٤٣ ـ ولو طلبها المغصوب منه فمنعها فهي مضمونة باتفاق لان المنع يوجب الضمان على المودع والمستعير فاوجبه على الغاصب •

فصـــل

ولد العبد يضمن

٧٧٤٤ ـ واتفقوا على ان ولد العبد يضمن اذا هلك في يده وان ولد الوديعة والمستأجرة لا يضمن •

فصـــل

ولد المرهونة

٧٧٤٥ ـ واختلفوا في ولد المرهونة هل يصير رهنا ام لا ؟ فقال اصحابنا يدخل في الرهن وقال الشافعي لا يدخل في الرهن ، وان كان حملا ففيه قولان • وكذلك ولد المبيعة •

فصـــل

ما يتولد من الجناية

٧٧٤٦ ـ واجمعوا على ان جميع ما يتولد من الجناية مضمون على الجاني ، وان الريح اذا القت ثوباً في دار انسان وهو لا يعلم من صاحبه فتلف قبل اخذه انه لا ضمان •

فصـــل

ولد أم الولد

٧٧٤٧ ـ واتفقوا على ان ولد ام الولد من المولى يخالف امه في الضمان ، وولد المغرور يخالف امه في الضمان والاستحقاق •

فصـــــل

مخالفة الفرع الأصل

٧٧٤٨ ـ واجمعوا على ان الفرع قد يخالف الاصل في الوقت ، وانه يجوز بيع الفرع ولا يجوز بيع الاصل ، وان البغل فرع يتولد من الفرس وانه يخالف الام في الاباحة والاحكام .

فصـــــل

ولد الحرة وولد الأمة

٧٧٤٩ ـ واجمعوا على ان ولد الحرة لا يجوز ان يكون عبدا بحال ، وان ولد الامة يجوز ان يكون حرا في الاستيلاء والغرور .

فصـــــل

أجر العين المغصوبة

٧٧٥٠ ـ ولو اجر الغاصب العين المغصوبة فان الاجرة لا يردها على المالك ، ويتصدق بها عندنا لانها حصلت من جهة محظورة[١] .

فصـــــل

الساحة المغصوبة

٧٧٥١ ـ ولو غصب الرجل ساحة وبنى عليها ملكها وجب عليه قيمتها يوم الاخذ ، ولا يكلف النقض عندنا ولا فرق بين ان يبنى عليها أو حولها ، وفرق الكرخي بينهما فقال : ان بنى عليها نقض وان بنى حولها لم ينقض . والصحيح هو الاول عند اصحابنا . وقال الشافعي يكلف النقض وردها على المالك .

---

(١) تطبيقا لقواعد الكسب دون سبب .

فصـــل

الخيط المغصوب

٧٧٥٢ ـ وقال الجميع انه لو غصب خيطا وخاط به جرح عبد أو حيوان لا يؤكل انه لا يقلع وتجب قيمته •

فصـــل

غصب ساحة

٧٧٥٣ ـ وقالوا لو غصب ساحة فبنى فيها أو غرس شجرا أو نخلا فانه يكلف القلع •

فصـــل

٧٧٥٤ ـ فان تملكها وجب عليه القيمة ، ولا يحل له الانتفاع بالعين حتى يؤدى القيمة كمن غصب حنطة فطحنها أو سمسما فعمله شيرجا أو شاة فذبحها وشواها أو ثوبا فخاطه قميصا أو صفرا فاتخذه آنية أو فضة فصاغها آنية فان في هذه المواضع ينقطع حق المالك ويجب الضمان •

٧٧٥٥ ـ وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو بالخيار بين ان يسلم العين ويأخذ القيمة وبين ان يمسك العين ويضمنه النقصان •

٧٧٥٦ ـ لان هذا الفعل لو فعله في ملكه لم يزل ملكه كذلك اذا فعله غيره •

فصـــل

وطء أحد الشريكين الجارية

٧٧٥٧ ـ واتفق الجميع على ان أحد الشريكين اذا وطىء الجارية المشتركة واحبلها انه يضمن حصة الشريك ويزول ملكه عن الجارية ، ولو وطأ المالك جارية نفسه لم يزل الملك •

فصـــــل

وطىء جارية ابنه

٧٧٥٨ ـ كذلك الاب اذا وطىء جارية ابنه فحملت يجب عليه الضمان ويزيل الملك عنها اليه •

٧٧٥٩ ـ وقال الشافعي يجب العقر في احد قوليه ولا يملك الاصل • وفي قول آخر يملك ويجب عليه ضمان العقر مع ذلك •

فصـــــل

بين العين المغصوبة

٧٧٦٠ ـ وقال اصحابنا لو باع الغاصب العين في الموضع الذي قـد سقط (كذا) حق المالك في الرجوع نفذ البيع ولم ينقض • وقال الشافعي لا يصح بيعه لانه يجرى مجرى البيع الفاسد عندنا •

فصـــــل

ضمان العبد المغصوب الآبق

٧٧٦١ ـ ومن غصب عبدا فابق من الغاصب ثم ضمن العبد للمغصوب منه اما ببينة أو باقرار ملكه بالضمان ، واذا رجع اليه لا يجب رده عـلى المالك لانه اخذ منه العوض فملك المعوض كما لو اشتراه •

٧٧٦٢ ـ وقال الشافعي يرد قيمة ويأخذ العبد ، وجعل القيمـة في مقابلة الحيلولة ، والقيمة لا يجوز ان تكون في مقابلة السبب ، بل في مقابلة المال لان المال هو المقوم دون الغصب •

فصـــــل

صبغ المغصوب

٧٧٦٣ ـ وليس للمغصوب ان يطالب الغاصب بقِلع الصبغ من الثوب

الذي غصبه وصبغه ولا للغاصب ايضا ذلك بشرط ان يضمن ما نقص من الثوب ، بل المالك بالخيار ان شاء ان يأخذ ثوبه ويعطيه ما زاد الصبغ ويضمن قيمة الثوب ابيض خلاف الشافعي في الوجهين •

فصـــــل

غصب دقيقاً فلتة

٧٧٦٤ ـ ومن غصب دقيقا فلته فلته بسمن أو عسلا فعمله خبيصا فهو مثل ذلك في الحكم •

فصـــــل

أولاد العين

٧٧٦٥ ـ ويرد اولاد العين معها اذا اراد ردها ، لانها عين مملوكه للمغصوب منه

فصـــــل

نقص قيمتها بالولادة

٧٧٦٦ ـ ولو كانت الولادة قد نقصت قيمتها وفي الولد قيمة ما نقصت الولادة فانه يجبر بالزيادة ما نقص من الام ، وان لم يكن في الولد جبر لما نقص من الام رد الام وقيمة ما نقص منها والولد استحساناً عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد •

٧٧٦٧ ـ وقال زفر والشافعي يرد نقص الولادة مع الولد والام ولا يجبر بالولد النقصان الفائت •

فصـــــل

قطع يد الجارية المغصوبة

٧٧٦٨ ـ واجمعوا ان الجارية لو قطعت يدها عند الغاصب انه يجبر

بالأرش النقصان لان النقص افاد مالا واذهب مالا فقام احدهما مقام الأخر •

فصـــل

موت الولد قبل الطلب

٧٧٦٩ ـ ولو كان الولد مات قبل ان يطلبه رب المال فلا ضمان فيه عندنا ، وبه قال مالك بن انس وقال زفر يضمن ، وهو قول الشافعي وجعلاه كولد الصيد ، واصحابنا جعلوا ذلك كزيادة السعر •

فصـــل

ما وهب للأمة المغصوبة

٧٧٧٠ ـ ولو وهب للامة هبة فانها ترد مع الامة الى مالكها •

فصـــل

ارش يد الأمة المغصوبة

٧٧٧١ ـ ولو كانت قطعت يدها واخذ المالك أرشها أو وهبت لها هبة أو ولدت عنده ولدا وضمن الغاصب قيمتها اما لاباقها أو موتها عنده فانه يرد الهبة ولا يرد الارش والولد عند محمد بن الحسن ، وقال ابو يوسف يرد الولد والهبة ولا يرد الارش ، لان الغاصب يملك بالضمان العين فما [كان] بدل جزء منها أو نماؤها يدخل في الملك كما يدخل في البيع ، والهبة ليست من العين ولا بدلها •

٧٧٧٢ ـ وابو يوسف لا يسند الضمان الى حالة الغصب والولد فعين اخرى فهو والموهوب لها سواء والكسب بخلاف ذلك •

فصـــل

الغاصب أعتق العبد

٧٧٧٣ ـ ولو كان الغاصب اعتق الامة أو العبد ثم ضمنه المولى قيمتها

لم ينفذ العتق لانه اعتق مالا يملك فيبطل العتق •

فصــــل

بيع المغصوب

٧٧٧٤ ـ ولو كان باعها من انسان ثم ضمن القيمة جاز البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ، وقال زفر لا يجوز البيع •

٧٧٧٥ ـ لان العقد يقع صحيحا ويقف على اجازة المالك فاذا سقط حق المالك نفذ العقد من جهة العاقد وعند الشافعي وزفر لا ينفذ البيع •

٧٧٧٦ ـ لانه باع مالا يملك ولا يقف العقد عندهما •

فصــــل

إجاز بيع المغصوب

٧٧٧٧ ـ ولو لم يضمنه المالك القيمة ولكن اجاز[1] البيع وهي حية جاز البيع وكان الثمن للمالك •

٧٧٧٨ ـ وقال الشافعي لا يجوز ، لان البيع لا ينعقد موقوفا (عنده) •

فصــــل

٧٧٧٩ ـ ولو كانت ماتت ثم اجاز البيع لم يجز باتفاق لانه اجاز في حالة قد بطل العقد •

فصــــل

إعتاق المشتري ما اشتراه من مغصوب

٧٧٨٠ ـ ولو كان الغاصب قد باعها وسلمها فاعتقها المشتري أو باعها ثم ان المالك اجاز بيع الغاصب فعتق المشتري جائز وبيعه لا يجوز •

٧٧٨١ ـ وقال محمد بن الحسن لا يجوز العتق ايضا كذا ذكر

---

(١) في نسخة تونس : اخذ •

المسئلة أبو موسى في مختصره ، وذكر ابو الليث المسئلة في خلافه بين اصحابنا قال يجوز البيع ويبطل العتق في قول محمد وزفر وهو القياس • وفي قول ابي حنيفة وابي يوسف جاز العتق •

فصل

أولد المغصوبة

٧٧٨٢ ـ ولو ان رجلا غصب جارية فولدت عنده ولدا من الغاصب ، ثم اقر الغاصب انه غصبها من فلان فانه لا يصدق على رد الجارية ويغرم قيمتها ولا يغرم قيمة الولد •

فصل

العقر

٧٧٨٣ ـ فاما العقر فقال ابو يوسف ، لا يضمن فيه العقر لانها صارت مستهلكة بالعلوق كمن استولد جارية ابنة •

وقال زفر يغرم قيمتها وقيمة الولد والعقر وذكر ابو الليث ، ان هذا في خلاف زفر •

فصل

قطع رجل دابة مغصوبة

٧٧٨٤ ـ ولو غصب دابة فقطع رجلها ضمن قيمتها ، وروى هشام ان المالك بالخيار ان شاء اخذها ولا شيء له ، وان شاء تركها واخذ القيمة من الغاصب عند ابي حنيفة •

٧٧٨٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد ان شاء اخذها واخذ ارش النقصان كما قالا في الجناية على العبد واذا قلع عين الدابة فعليه ربع القيمة استحساناً ، والقياس ان يغرم النقصان ، وهو قولي الشافعي ولو قلع الجميع فعليه القيمة •

فصـــل

صبغ الثوب المغصوب

٧٧٨٦ ـ ولو صبغ الغاصب الثوب اسود كان ابا حنيفة قال يأخذه بغير شيء [لأنه نقصان][١] •

٧٧٨٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يعطى ما زاد الصبغ كالاحمر ، وقد قيل ان المسئلة لا خلاف فيها لان كل واحد اجاب على ما شاهد في زمانه •

فصـــل

ضرب الفضة المغصوبة

٧٧٨٨ ـ وقال أبو حنيفة : لو غصب فضة فضربها دراهم فالمالك يأخذها منه ولا يرد عليه شيئاً •

٧٧٨٩ ـ وقال أبو يوسف ومحمد الدراهم للغاصب وعليه مثل القيمة للمالك ، وجعلا ذلك كما لو عملها آنية •

فصـــل

موت المغصوب عند المشتري

٧٧٩٠ ـ ولو باع الغاصب العين المغصوبة فماتت عند المشتري واختار المولى تضمين الغاصب فانه يضمنها بقيمتها يوم تسلمها •

٧٧٩١ ـ وقال محمد ان شاء ضمن الغاصب قيمتها يوم سلمها ، وقد روى اهل هذا القول ايضا عن ابي حنيفة انه جعل التسليم كذبح الشاة وقتل العبد عبداً آخر ، وجعلوا ذلك كمودع المودع •

---

(١) الهداية (٤/١٨) وانظر مختصر الطحاوي (ص١١٩ ـ ١٢٠) وفيه « وان كان صبغه بسواد فان ابا حنيفة كان يقول ان شاء سلمه الى الغاصب كذلك وضمنه قيمته ابيض يوم غصبه ، وان شاء احتبسه ولم يغرم للغاصب •

فصـــل

التصدق بربح المغصوب

٧٧٩٢ ـ ولو غصب الفا فاشترى بها امة فباعها بالفين فانا نفتيه ان يتصدق بالف[١] •

٧٧٩٣ ـ وقال ابو يوسف لا يتصدق بشيء لانه ربح على اصل فاسد وهو يقول العلة بالضمان وقد ضمن الالف •

فصـــل

التضحية بشاة مغصوبة

٧٧٩٤ ـ ومن غصب شاة فضحى بها ثم ضــمن القيمة أجزيت عن الغاصب اذا ضمن في ايام الاضحية وان آخرها لم تجزه •

فصـــل

٧٧٩٥ ـ وقال ابو يوسف لا تجزيــه عن الاضــحية لأن الذبح غير قربــة •

فصـــل

تحول العصير المغصوب

٧٧٩٦ ـ ومن غصب عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا فمالكه بالخيار ان شاء اخذه خلا وان شاء ضمنه مثل العصير ، ولو كان هو الذي خلله فعليه مثله لانه ازال الاســم وعامــة المنافع ، ويجب عــلى قول الشافعي ان لا يزول الملك عن ذلك ويكون الخيار اليه •

فصـــل

فرخ بيضة مغصوبة

٧٧٩٧ ـ ولو غصب بيضه فحضنها فخرج منها فرخ فهو للغاصب وعليه مثل البيضة لانه استهلكها ولو كانت دجاجة حضنتها من غير ان يكون

---

(١) تطبيقا لمبادىء الكسب دون سبب •

له في ذلك صنع فالفرخ لرب البيضة لانه لم يحدث في ذلك حدثا •

فصـــــل

تغير قيمة الكر المغصوب

٧٧٩٨ ـ ولو غصب رجل من رجل كر حنطة بمكة وقيمتـه الف درهم فلقيه بالكوفة وقيمة الكر مائة فانه لا يجبر المالك عـلى اخذ الكر ويقضى له بالف درهم •

فصـــــل

وجوب الدراهم المغصوبة في كل موضع

٧٧٩٩ ـ ولو كان غصبه دراهم أو دنانير وجب عليه اخذ ذلك في اي موضع لقيه لان ذلك قيمة الاشياء في كل موضع •

فصـــــل

من يضمن قيمة المغصوب

٧٨٠٠ ـ ولو غصب فلوسا فهلكت أو كسدت فهلكت ضمن قيمتها يوم الغصب عند ابي يوسف ، وقال محمد يوم كسدت •

فصـــــل

نقص سعر المغصوب وزيادته

٧٨٠١ ـ ولو نقص سعرها أو زاد وهي باقية ردها ولا شيء عليه لانه لم يتعد في ذلك بشيء •

فصـــــل

دفع دعوى السرقة بالوديعة

٧٨٠٢ ـ ولو حضر رجل وادعى على آخر عينا في يديه انه سرقها منه، فقال الذي هي في يديه ان هذه العين لفلان أودعني ذلك واقام على ذلك

بينة فانه لا يدفع الخصومة عن نفسه عند ابي حنيفة وابي يوسف ، وقال محمد بن الحسن يدفع الخصومة .

فصل

تضمين الغاصبين على التفاضل (بالتضامن)

٧٨٠٣ ـ ومن غصب امة قيمتها الف درهم فزادت قيمتها حتى صارت الفي درهم ، ثم غصبها من الغاصب آخر ، فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول قيمتها الف درهم يوم غصبها ، وان شاء ضمنها للثاني يوم اخذها الفين ، فان ضمن الاول رجع على الثاني بالفين ويتصدق بالفضل عندنا[١] وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول بشيء وله ان يضمنها جميعا ان شاء على السواء وان شاء على التفاضل عند اصحابنا جميعا .

فصل

ادعى هلاك المغصوب

٧٨٠٤ ـ واذا ادعى الغاصب هلاك العين المغصوبة لم يصدق حتى يحبس زمانا لو كانت موجودة اظهرها ، الا ان يقيم بينة بالهلاك فيضمن القيمة لان القيمة بدل من العين .

فصل

القول قول الغاصب في العين وأوصافها

٧٨٠٥ ـ وان اختلفا في العين أو في صفة فيها أو صحتها أو عيبها فالقول قول الغاصب لانه المدعى عليه .

---

(١) تطبيقا لمبادىء الكسب دون سبب .

٧٨٠٦ ـ ولو ادعى عليه الغصب فانكر لكان القول قوله ، وكذلك القول قوله في مقدار ما قبض وسلم .

فصـــل

البينة بينة الغاصب

٧٨٠٧ ـ ولو اقاما بينه ، فالبينة بينة المغصوب لانها تثبت الحق والزيادة ، وهو المدعى ايضا .

فصـــل

القول قول الغاصب في قيمة المغصوب

٧٨٠٨ ـ وان اختلفا في القيمة فالقول قول الغاصب والبينة بينة المغصوب منه ، لان من وجب عليه الضمان فالقول قوله فيما يؤدى .

فصـــل

ادعى الغاصب الرد

٧٨٠٩ ـ ولو ادعى الغاصب الرد وانكر المغصوب منه ذلك فالقول قول المالك انه ما استرجع ، لأن الاصل وجوب الضمان .

فصـــل

البينة بينة الغاصب في الرد

٧٨١٠ ـ ولو اقاما بينة فالبينة بينة الغاصب لانها تثبت الامر الطارىء وهو الرد على المالك .

فصـــل

اختلافهما في الهلاك

٧٨١١ ـ ولو اختلفا في الهلاك فقال الغاصب هلك بعد ردى اياه ،

وقال المغصوب منه هلك عندك ، فالقول قول المغصوب منه لان الغاصب يدعى براءة نفسه من الضمان والمالك ينفى ذلك •

٧٨١٢ ـ وان اقاما بينة فالبينة بينة الغاصب لانها تثبت البراءة من الدين الذي عليه والحق الذي لزمه •

فصـــــل

البينة بينة المغصوب في التلف

٧٨١٣ ـ ولو أقام الغاصب البينة بالرد وأقام المغصوب منه البينة انها تلفت من ركوبه عند الغاصب فالبينة بينته لانها تثبت الضمان الذي ينفيه الغاصب فلا يقبل •

فصـــــل

البينة بينة المغصوب في نفي زيادة القيمة

٧٨١٤ ـ ولو قال الغاصب كانت القيمة يوم الغصب الف درهم وانما زادت قيمة العين بعد ذلك فلا يلزمني ضمان الزيادة ، وقال المغصوب منه بل كانت هذه القيمة مع الزيادة التي نفاها الغاصب يوم الغصب فالبينة بينة المغصوب منه •

٧٨١٥ ـ وكذلك قالوا في الراهن يقيم البينة على الزيادة انه تكون البينة بينته لان العين مضمونة عليه وكذلك الغاصب يتصرف في ملك غيره بغير اذنه ويريد ان يسقط الضمان عن نفسه وهو ثابت عليه فلا يقبل ان يصرفه الزيادة غير مضمون عليه (كذا) •

فصـــــل

٧٨١٦ ـ وقد ذكر الشيخ ابو عبدالله البصري[١] رحمه الله في شرح

---

(١) يراجع تاريخ الادب العربي لبروكلمان ترجمة الدكتور عبدالحليم ←

مختصر ابي الحسن الكرخي رحمه الله في كتاب الرهن هذه المسألة •
وقال : ولا يشبه هذا الشهود عندي اذا رجعو لأن ما شهدوا به لم يكن مضمونا عليهم واذا كان المشهود عليه يدعى الزيادة على الشهود وهم ينكرون ذلك لم يصدق عليهم وكذلك احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من العبد واختلفوا في قيمته يوم العتق ان القول قول المعتق لانه لم يكن ذلك مضمونا عليه • وكذلك اذا دبر الرجل عبده وحفر بئراً فوقع فيها انسان واختلف في قيمة المدبر وما يلزم المولى المدبِّر لانه غير مضمون عليه ، والذي وجب له القيمة يدعى ضمان الزيادة فيجب ان لا يصدق ، قال وهذا القول محفوظ في المدبر وهو قولهم المرجوع اليه ، وما قلناه في الشهود فهو قياس قولهم وما قالوا في الرهن فمحفوظ عنهم ، فهذا الذي حكاه في ذلك •

فصل

ما يضمن ضمان الغصب

٧٨١٧ ـ وقد يجب الضمان على من ليس له حكم الغاصب في المأثم ، وهو من اشترى سلعة من السوق فبانت مستحقه وقد هلكت في يده فان ذلك يضمن ضمان الغصب وليس بغصب ، وكذلك المقبوض على سوم البيع والمقبوض عن بيع فاسد والوديعة اذا جحدت والشهود لو رجعوا ، وليس هذا ضمان غصب ، وانما هو مثل صورته مع اختلاف علة ذلك ، وهذا الاختلاف فيه ، واذ قد ذكرنا حكم اخذ المال على طريق الغصب وحكم الضمان بغير غصب وبقى هل يجب الضمان على من اكره على اخذ مال غيره ، وهذا يعلم بذكر الاكراه •

النجار ، ج٣ ص٢٦٧ • وفي الفوائد البهية (ص٦٧) : الحسن بن علي ابو عبدالله البصري المعتزلي ، قال الصيمري لم يبلغ أحد مبلغه في العلمين اي الفقه والكلام ، أخذ عن ابى الحسن عبدالله الكرخي عن البردعي عن نصير بن يحي عن محمد • ومات سنة سبع وتسعين وثلثمائة » •

كتاب الإكراه

وهذا كتاب الإكراه[1]

الآيات والآثار الواردة في الإكراه

٧٨١٨ ـ قال الله تعالى (الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله)[2] . الآية .

وقال تعالى : « وله اسلم من في السموات والارض طوعا وكرها »[3].

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[4] .

فصـــــل

٧٨١٩ ـ والاكراه قد اختلف الناس فيه وفي الاكراه الذي يبيح الفعل للفاعل ، وباي شيء يكون مكرها ، وفي تعلق الاحكام به على ضروب من الخلاف كثيرة ، ورأيت لبعض اهل البصرة من المتأخرين كتابا في ذلك ، قد جمع فيه سائر الخلاف هو القاضي أبو محمد الشافعي[5] .

فصـــــل

التسلط

٧٨٢٠ ـ والذي قال ابو حنيفة ان الاكراه الذي يسقط حكم الفعل

---

(١) جاء في لسـان العرب : اجمـع كثير من اهل اللغـة ان الكره (بالفتح والضم) لغتان فبأي لغة وقع فجائر ، الا القرآن فانه زعم ان الكره بالضم ما اكرهت نفسك عليه والكره بالفتح ما اكرهك غيرك عليه . يقول جئتك كُرْها وادخلتني كرها والكره بالضم والفتح المشقة .

(٢) النحل (١٠٦/١٦) .

(٣) آل عمران (٨٣/٣) .

(٤) في المحلى لابن حزم (٣٣٤/٨) : عن ابن عباس « عفى لا متى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

(٥) الظاهر ان المقصود به قاضي القضـاة ابو محمد بن معروف الشافعي المشار اليه في رسائل الصابي .

عن الفاعل ويتعلق الحكم بالمكره انما هو اكراه السلطان ، ولا يكون اكراه غيره اكراها •

وقال ابو يوسف ومحمد كل من كان مسلطا على المكرَه من سائر الناس كاللصوص والمتغلبين فاكراهه اكراه لان التسلط موجود •

فصـــل
ما لا يكون إكراهاً

٧٨٢١ ـ وقال اصحابنا لا يكون اكراها بالقيد ، ولا بالحبس ولا بالضرب اذا هدده بذلك ، وكل ما لا يكون معه التلف من الاشياء فليس باكراه • وقال غيرنا ذلك اكراه •

٧٨٢٢ ـ والصحيح ما قاله اصحابنا لان غاية ما يجوز ان يعتبر انما هو الاتلاف •

فصـــل
تعريف الإكراه

٧٨٢٣ ـ والاكراه هو حمل الغير على اتلاف مال غيره او نفسه أو فعل يفعله وهو مضطر اليه يخاف التلف ان لم يفعله •

فصـــل
أكرهه على إتلاف مال نفسه

٧٨٢٤ ـ واتفق الجميع على ان رجلا لو اكره رجلا على اتلاف مال نفسه او قتل عبده أو حيوان له ففعل ذلك فلا ضمان على الفاعل المكرَه لانه آلة في فعله فصار (المكره) كانه هو الفاعل لذلك •

فصـــل
الإكراه على إتلاف مال الغير

٧٨٢٥ ـ وان أكره على اتلاف مال لغيره فعلى المكرِه والمكرَه

الضمان ، ولمالكه ان يضمن ايهما شاء ، فان ضمن المكره رجع بـه على المكرِه وهذا لا خلاف فيه نعلمه .

فصــــل

الإكراه على قتل الغير

٧٨٢٦ ـ وان اكرهه على قتل غيره فقد ذكرنا ذلك في الجناية وذكرنا ما فيه من الخلاف[١] .

فصــــل

الإكراه على الكفر

٧٨٢٧ ـ وان اكرهه على كلمة الكفر لم يحكم بكفره ولم تبن زوجته في الاستحسان ، والقياس ان يحكم بالفرقة .

فصــــل

إكراه الذمي على الإسلام

٧٨٢٨ ـ ولو اكره الذمي على الاسلام صار مسلماً عند اصحابنا .

٧٨٢٩ ـ وقال الشافعي لا يكون مسلما .

٧٨٣٠ ـ واتفق الفريقان على ان الحربي يصح اكراهه على الاسلام والاكراه لا يختلف بالذمي والحربي .

فصــــل

الإكراه على إفساد العبادات

٧٨٣١ ـ ولو اكره على افساد سائر العبادات فسدت عندنا الطهارة والصلاة والصوم والاعتكاف ، وقال الشافعي يفسد ذلك الا الصوم والحج .

---

(١) مختصر الطحاوي (ص٤٠٩ ـ ٤١٠) .

فصـــل
الإكراه على النكاح

٧٨٣٢ ـ ولو اكره على النكاح انعقد عندنا ، فان كان الزوج كفوءاً فلا خيار لها ولا للاولياء في الفسخ •

٧٨٣٣ ـ وقال الشافعي النكاح باطل والطلاق والعتاق مثل ذلك عندنا• وقال الشافعي الجميع باطل ويضمن قيمة العبد المكرَه (على اعتاقه) ومهر الزوجة الذي يقضى لها [به] قبل الدخول ، ولا ضمان على المكرَه للمرأة اذا كان قد دخل بها •

فصـــل
أكرهت على النكاح بألف

٧٨٣٤ ـ ولو اكرهت على النكاح بالف درهم فان كان مهر مثلها فلا خيار لها وان كان اقل فان رضيت تم النكاح والصداق وللولي ان يفسخ ذلك ويتمم المهر عند ابي حنيفة خلافهما ليس له ذلك وتلزم التسمية التي سماها وقد مضت في النكاح •

فصـــل
الإكراه على الطلاق

٧٨٣٥ ـ ولو اكرهها على قبول الطلاق بالف وقع الطلاق ولم يلزمها المال ، فان رضيته صار الطلاق بائناً عند ابي حنيفة بناءً على ان الطلقة الرجعية له ان يجعلها ثلاثا وبائنا ومحمد يقول لا يصير ذلك بائنا وقد مضت •

فصـــل
الإكراه على شرب الخمر

٧٨٣٦ ـ ولو اكره على شرب الخمر فله شربها ولا حد عليه وان

سكر لانه يباح لاجل الضرورة والخوف على النفس •

فصـــــل
الإكراه على الزنا

٧٨٣٧ ـ ولو اكره على الزنا بامرأة بما يخاف التلف فزنا فعليه الحد في قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر •

٧٨٣٨ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا حد عليه وهو قوله الثاني •

٧٨٣٩ ـ لانه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ، وزفر يقول الانتشار لا يحصل من غير اختيار وشهوة فيرتفع الاكراه ويجب الحد •

فصـــــل
أكره على عتق نصف عبده

٧٨٤٠ ـ ولو اكره رجلا على ان يعتق نصف عبده فاعتقه كلـه لم يضمن عند ابي حنيفة ويضمن عندهما ولو اكره على ان يعتق كله فعتق نصفه ضمن نصف قيمته عند ابي حنيفة وعندهما يضمن جميع القيمة •

فصـــــل
الإكراه على العقود

٧٨٤١ ـ والاكراه على سائر العقود التي يصـح رفعها بعد ثبوتهـا ويجوز شرط الخيار فيها يؤثر تأثير شـرط الخيار فلا يمنع الانعقاد عند اصحابنا ويمنع اللزوم •

٧٨٤٢ ـ وقال الشافعي يمنع اللزوم والانعقاد جميعا •

فصـــــل
الإكراه على قطع يد

٧٨٤٣ ـ ومن اكره رجلا على قطع يده وسع المأمور ذلك ووجب

القصاص على المكره عند ابي حنيفة ومحمد واختلف اصحابنا عن ابي يوسف ، منهم من قال يجب عليه القود ، ومنهم من قال لا قصاص عليه •

٧٨٤٤ ـ والصحيح عندنا على قياس قوله في النفس ان لا قصاص في الطرف على المكره وعليه دية اليد في ماله •

فصل

الإكراه على إلقاء نفسه في النار

٧٨٤٥ ـ ولو قال لرجل ان لم تلق نفسك في النار والا قتلتك فان كان بحيث ينجو منها وقد لا ينجو وسعه القاء نفسه في النار ، فان مات وجب القصاص على المكره ، عند ابي حنيفة ومحمد والرواية قال بعض اصحابنا عن ابي يوسف انها مشتبهة ، وان كان بحالة لا ينجو من ذلك فان كان له في ذلك ادنى راحة وسعة القاء نفسه عند ابي حنيفة •

٧٨٤٦ ـ وقال محمد لا يسعه ان يلقى نفسه ، فان فعل فهلك فالقصاص على المكره ، في قول ابي حنيفة ومحمد •

فصل

٧٨٤٧ ـ وقال ابو يوسف عليه الدية بلا اشتباه عنه في ذلك •

فصل

٧٨٤٨ ـ وان كان لا راحة له في ذلك فالقى نفسه فتلف فدمه هدر في قياس قولهم جميعا لانه يصير هو القاتل لنفسه فيسقط دمه بفعله •

فصل

٧٨٤٩ ـ ولو قال له ، لاقتلنك أو ترمى نفسك من شاهق الجبل فان كان بحال قد ينجو وقد لا ينجو وسعه القاء نفسه في قول ابى حنيفة ولا يسعه في قول محمد ، فان القى نفسه فمات فالدية على المكره ولا قصاص •

٧٨٥٠ ـ وقال محمد عليه القصاص وصار كأنه قتل نفسه بحجر عظيم •

٧٨٥١ ـ وعند ابى يوسف تجب الدية في ماله •

فصـــل

٧٨٥٢ ـ والخلاف في اكراهه على القاء نفسه في ما مثل ذلك عند ابي حنيفة تجب الدية على المكرِه وعندهما على المكره القصاص هو الواجب بناءً على من قتل بالماء وغرق •

فصـــل

قال له اقتلني فقتله

٧٨٥٣ ـ واختلف اصحابنا اذا قال الرجل لآخر اقتلني فقتله فمات فعلى القاتل الدية ولا قصاص عند ابى حنيفة ، كذا روى الطحاوي[١] •

٧٨٥٤ ـ ولو قال اقطع يدي ففعل فلا شيء عليه في قولهم المشهور •

فصـــل

٧٨٥٥ ـ وقال في اختلاف زفر لو ان رجلا قال لرجل اقتلني فقتله عمدا فعليه القصاص وان قال اقطع يدي فقطعها فمات فلا قصاص عليه •

فصـــل

قال له اقتل ابني

٧٨٥٦ ـ ولو قال اقتل ابني أو اقطع يده فمات وقد فعل ذلك فعلى الفاعل القصاص • وقال ابو يوسف في قتل نفسه لا شيء على الفاعل واستحسن ان اجعل عليه في قتل ابنه الدية •

---

(١) لم يرد في مختصره •

فصــــل

اقطع يد ابني

٧٨٥٧ - ولو قال له اقطع يد ابني ففعل فعليه القصاص في ذلك لان القطع ثبت للابن والقصاص ثبت للاب وليس هو بمكره للفاعل بل آمر له بذلك • وفرق بين ان يأمر بالقتل وبين ان يكرهه على ذلك لان الامر لا قصاص عليه عندنا، وقد خالف ذلك مالك وأوجب القصاص على الآمر في الممسك ايضا • وقد روى ابن زياد عن ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف الذي حكيناه وروى عنه ايضا مثل قوله في وجوب القصاص في قوله اقتلني •

فصــــل

أكره رجلاً على قطع يد آخر

٧٨٥٨ - ولو اكره رجلا على قطع يد آخر ففعل ثم قطع رجله بلا اكراه ثم مات من ذلك فعلى الجميع القصاص في قول ابي حنيفة ومحمد •

٧٨٥٩ - وقال ابو يوسف لا قصاص عليهما جميعا وعليهما الدية في مالهما بناء على اصل كل واحد منهم لان قطع اليد يجب فيه القصاص على المكره لو تعقبه الموت• وكذلك قطع الرجل اذا انفرد فاذا اجتمعا كان المكرِه قطع اليد والمكرَه قطع الرجل ومات فيجب القصاص عليها جميعا كذلك هـذا •

٧٨٦٠ - وابو يوسف يقول القطع الاول لا يتعلق به قود لو انفرد على واحد منهما ، فاذا وجد معه ما يجب به القود صارت النفس قد خرجت عن عمد وغير عمدفلا يجب القصاص على احد •

فصــــل

الإكراه على اللعان

٧٨٦١ - واذا ادعت امرأة قذفاً على زوجهـا وهي كاذبة في ذلك

واكرهه القاضي على اللعان فان لاعن باختياره وقعت الفرقة في الظاهر والباطن ، وان كان مكرها فكذلك (عند) ابي حنيفة •

٧٨٦٢ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يقع في الظاهر دون الباطن بناء على ان حكم الحاكم ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة خلافهما في الظاهر وهو قول الشافعي •

فصل

رفع المأثم

٧٨٦٣ ـ واجمع الجميع ان الاكراه لا يؤثر في رفع الفعل وان أثر في رفع المأثم في بعض الوجوه دون بعض • واذا قد ذكرنا حكم الاكراه وكيفيته وكان الانسان يكره على ما يجب به الحد تارة مع الطوع وتارة لا يجب وجب ان نذكر ذلك ونبينه وهذا يقتضي ان نذكر الحدود واحكامها •

كتاب الحدود[1]

٧٨٦٤ ـ والحدود المشروعة في كتاب الله تعالى اربعة :

١ ـ حد الزنا[2] ٠

٢ ـ وحد القذف[3] ٠

٣ ـ وحد السرقة[4] ٠

---

(١) الحد : لغة المنع وما يحجز بين شيئين فيمنع اختلاطهما وشرعا عقوبات معينة نصا على ارتكاب افعال معينة وسميت هذه العقوبات حدودا لكونها تمنع عن المعاودة ويطلق الحد على التقدير وعلى نفس المعصية (انظر سبل السلام ٤/٣) وقد عرف الشربيني الحد الشرعي بقوله (٢٢٠/٢) « عقوبة مقدرة وجبت زجراً عن ارتكاب ما يوجبه » ٠

(٢) الزنا بالقصر لغة حجازية وبالمد لغة تميمية ٠

(٣) قذف بالشيء يقذف قذفا فانقذف رمى ، والتقاذف الترامي ٠ وقوله تعالى : ان ربي يقذف بالحق علام الغيوب ، قال الزجاج : معناه يأتي بالحق ويرمى بالحق ، كما قال بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه ٠ وقوله تعالى ويقذفون بالغيب في مكان بعيد ٠ وقذفه به اصابه ، وقذفه بالكذب كذلك وقذف الرجل اي قاء ، وقذف المحصنة اي سبها ٠ وفي حديث هلال بن امية انه قذف امرأته بشريك ، القذف ههنا رمي المرأة بالزنا أو ما كان في معناه ، واصله الرمي ، ثم استعمل في هذا المعنى حتى غلب عليه ٠ وفي حديث عائشة وعندها قينتان تغنيان بما تقاذفت به الانصار يوم بُعاث اي تشاتمت في اشعارها واراجيزها التي قالتها في الحرب والقذف السب ، وهي القذيفة ٠ والقذف بالحجارة الرمي يقال : هم بين حاذف وقاذف ، وحاذ وقاذ على الترخيم فالحاذف بالحصا والقاذف بالحجارة ٠ (لسان العرب) ٠

(٤) سرق الشيء يسرقه سَرَقا وسَرِقا واسترقه ، الاخيرة عن ابى الاعرابي ٠ والاسم السَرق والسَرِقة بكسر الراء فيهما ، وربما قالوا ←

٤ ـ وحد قاطع الطريق •

قال الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة)[١] •

وقال (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)[٢] الآية •

وقال (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما)[٣] •

وقال (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض)[٤] الآية •

فصـــل

حد الزنا ضربان

٧٨٦٥ ـ فحد الزنا على ضربين ، منه ما يجب به اتلاف النفس وهو زنا المحصن ، وما يجب به الجلد دون الرجم •

←

سرقةً مالا • والسَرق مصدر فعل السارق ، تقول برئت اليك من الاباق والسَرق في بيع العبيد ، ورجل سارق من قوم سَرَقة وسُرّاق وسرُوق من قوم سُرُق وسَرُوقه ، ولا جمع له • ابن عرفه في قوله تعالى والسارق والسارقة قال : السارق عند العرب من جاء مستترا الى حرز فاخذ منه ما ليس له ، فان اخذ من ظاهر فهو مختلس ومستلب ومنتهب ومحترس ، فان مَنَع مما في يديه فهو غاصب •

(١) النور ٢٤/٢ •
(٢) النور ٢٤/٤ •
(٣) المائدة ٥/٣٨ •
(٤) المائدة ٥/٣٣ •

فصـــل

ما يجب به الجلد

٧٨٦٦ ـ وما يجب به الجلد تختلف الحال فيه من الاحرار والعبيد • ولكل من ذلك شروط • ونحن نفصل انواع حد الزنا ونبين كل قسم منه ثم نتلوه بما قدمنا في أول الباب الى آخره ان شاء الله •

فصـــل

الزنا كبيرة

٧٨٦٧ ـ وفعل الزنا كبيرة من الكبائر التي توعد الله تعالى عليها بالنار وقرنها الى القتل والشرك فقال ﴿ والذين لا يدعون مع الله الهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ، ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق آثاما ، يضاعف له العذاب يوم القيامة ، ويخلد فيه مهانا الا من تاب ﴾[1] •

فصـــل

الحد زاجر

٧٨٦٨ ـ والحد وضع لزجر الزاني عن مثل ما فعل في مستقبل امره وعقوبة عما فعل •

٧٨٦٩ ـ وانما سميت حدود الله لأنها زواجر بين العبد ، وبين ما حرمه الله تعالى عليه وتعبده بالترك له ، لان الطبع يميل الى فعل ذلك ويؤثره فلابد من زاجر ليصح ان يخاف المكلف من فعله به اذا ارتكبه ، وعلم الله تعالى ان من الناس من لا يتقى بوعيد الآخرة ويسوف نفسه بالتوبة ويتعجل فعل اللذة فشرع ما شرعه في الدنيا من الجزاء واخبرنا بما اعد لفاعله في الآخرة من البلاء ليكون تعالى قد بالغ في الامر المنهي عنه بابلغ

---

(١) الحج ٢٢/٦٢ •

الامور ، ويصح مع ذلك معنى التكليف الذي هو مأخوذ من الكلفة فيستحق الثواب على ما حمل النفس من المشاق ، ولهذا جميع ما امر به الله تعالى ثقيل على النفس فيه اعظم كلفة وما نهى عنه هو ما في النفس باعث عليه ، وهذا يحصل مع التأمل لكل عاقل منصف •

فصل

اختلاف التكليف في التعبد

٧٨٧٠ – ثم لم يسو بين جميع المكلفين في التعبد من تساويهم في فعل الذنب لما علم من صلاح كل شخص فيما شرع عليه واوجب ففرق بين المحصن والبكر والحر والعبد فلو علم انهم في الحكم سواء لما فرق بينهم مع التساوي في العقل ، فلما فرق دل بذلك العلماء بان هناك معنى غامضاً لاجله اختلف التكليف •

فصل

شرط الإحصان

٧٨٧١ ـ والاحصان شرط يكمل به المكلف ، والحد يجب بفعل الزنا لا بالاحصان لانه مباح فعل شرائطه وواجب أو ندب وذلك لا يستحق به عقوبة •

فصل

معنى الإحصان

٧٨٧٢ ـ والاحصان ان يتزوج الحر البالغ بحرة بالغة ويكونا عاقلين مسلمين[١] ويطأ بعد البلوغ في الفرج فاذا اجتمع البلوغ والعقل والاسلام

(١) لا يشترط بعض المذاهب في احصان المسلم ان تكون زوجته مسلمة •

والنكاح والجماع في الفرج بعد البلوغ منهما جميعا فقد صارا بذلك محصنين •

٧٨٧٣ ـ فالبلوغ يعتبر ليكمل الشخص ويخرج من حد الصبا ، العقل يعتبر ليصح التكليف ، والاسلام المطلوب بالتكليف والمعنى الذي به تقع الرغبة في الثواب والخيفة من العقاب بالعقل والنكاح الصحيح الذي لا فساد فيه لانه المأمور به والذي يقر الشرع عليه والاصابة فيه لانها التي يحصل بها الاعفاف عن طلب النفس الجماع •

فصل

من لا يحصن بهن

٧٨٧٤ ـ فعندنا الكبير لا يصير محصنا بصغيرة ، ولا العاقل بمجنونة ، ولا المسلم بكافرة ، ولا المولى بملك اليمين •

٧٨٧٥ ـ وقال الشافعي الاسلام ليس بشرط في الاحصان لان النبي عليه السلام رجم يهوديين زنيا •

٧٨٧٦ ـ واصحابنا قالوا ان هذا كان عملا بشرع اهل الكتاب فعله ببيان معجزة النبوة حيث وضع يده على آية الرجم من التوراة ، فكان كما قال في ذلك •

٧٨٧٧ ـ وقد قال ابن عمرو ، وهو راوي الخبر من اشرك بالله فليس بمحصن وسئل عن رجل يريد ان يتزوج بذمية فقال : انها لا تحصنك ، وعلى ان فعل النبي عليه السلام لا يدل على الوجوب ، ولان ما فيه من الكفر اعظم من فعل الزنا وهو لا يوجب القتل ، والزنا اولى بذلك •

فصـــــل

٧٨٧٨ ـ وقال ابو حنيفة ومحمد ان المسلم لا يحصن النصـرانية ولا تحصنه •

٧٨٧٩ ـ وعن ابي يوسف ان المسلم يحصن النصرانية وانها لا تحصنه•

٧٨٨٠ ـ وقد اجمع الجميع على ان الذمي لا يجب بقذفه الحد رجلا كان أو امرأة •

٧٨٨١ ـ واذا كان الاسلام شرطا في حد القذف ففي الزنا مثله لانه يدل على الكمال •

فصـــــل

ثبوت حد الزنا وما ورد فيه من الآثار

٧٨٨٢ ـ واذا ثبت الاحصان اما باقراره أو شهادة الشهود بالاحصان فان الحاكم يتقدم بالرجم اذا اقر بالزنا عنده أو شهد بذلك الشهود ووصفوا الزنا وانهم شاهدوا ذكره في فرج المرأة كالميل في المكحلة فان الرجم مستحق عليـه •

فصـــــل

هل يجمع بين الرجم والجلد؟

٧٨٨٣ ـ ولا يجمع عليه بين الرجم والجلد لان النبي عليه السلام رجم ماعزا ولم يجلده[١] •

---

(١) في نيل الاوطار (٧/٩٨) « عن جابر بن سمرة ان رسول الله (ص) رجم ماعز بن مالك ولم يذكر جلداً » • رواه احمد •

وقال (اغد يا انيس على امرأة هـذا فان اعترفت فارجمها)[1] ولم يوجب الجلد[2] .

---

(١) في بداية المجتهد (٢/٣٦١) خرج اهل الصحاح عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهني انهما قالا : ان رجلا من الأعراب اتى النبي (ع) قال : يا رسول الله انشدك الله الا قضيت لي بكتاب الله ، فقال الخصم وهو افقه منه : نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لي ان اتكلم .

فقال له النبي : قل .

فقال : ان ابني كان عسيفا (اجيرا) على هـذا فزنى بامرأته واني اخبرت ان على ابني الرجم ، فافتديته (فافتديت منه) بمائة شاة ووليدة ، فسألت اهل العلم ، فاخبروني ان على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وان على امرأة هذا الرجم .

فقال رسول الله (ص) والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله . اما الوليدة والغنم فرد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام . واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها . متفق عليه واللفظ لمسلم .

فغدا عليهـا انيس فاعترفت فـامر النبي (ص) بهـا فرجمت . (وانظر ايضا بلوغ المرام في ادلة الاحكام لابن حجر العسقلاني ، ط دار الكتاب العربي ، ص٢٢٤ ، ونيل المرام ٧/٩٧) .

(٢) في بداية المجتهد (٢/٣٦٠ ـ ٣١٦) « قال الجمهور : لا جلد على من وجب عليه الرجم .

وقال الحسن البصري واسحق واحمد وداود : الزاني المحصن يجلد ثم يرجم .

عمدة الجمهور ان رسول الله (ص) رجم ماعزا ورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد ، كل ذلك مخرج في الصحاح ، ولم يرو انه جلد واحداً منهم .

ومن جهة المعنى ان الحد الاصغر ينطوي في الحد الاكبر ، وذلك ان الحد انما وضع للزجر ، فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم .

وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى « الزاني والزانية فاجلدوا ←

ومن الفقهاء من قال يجمع عليه بين الجلد والرجم لان النبي عليه السلام قال « الثيب بالثيب الجلد والرجم والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام »[١] وهذا عندنا منسوخ بخبر ماعز وما ذكرناه من العسيف ويثبت الدخول باقراره بذلك أو بولد يكون منه فيشهد عليه بذلك ، ويكفى ان يقول (كان ثبت ذلك باقراره) •

فصـــل
بدء الشهود بالرجم

٧٨٨٤ ـ وان كان بشهادة الشهود بدأ الشهود برجمه ، ولا يرجم حتى يبدأ الشهود ، فان غابوا أو ماتوا لم يرجمه عند ابى حنيفة ومحمد •

٧٨٨٥ ـ وقال ابويوسف : يرجعه •

٧٨٨٦ ـ لانهم اذا لم يفعلوا ذلك فليس احد من سواهم اعلم بذلك •

فصـــل
كيفية الرجم

٧٨٨٧ ـ والرجل لا يحفر له اذا رجم والمرأة يحفر لها الى ثوبها ،

كل واحد منهما مائة جلدة » فلم يخص محصن من غير محصن •

واحتجوا ايضا بحديث علي (رض) اخرجه مسلم وغيره ان عليا (رض) جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة • وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسوله •

وحديث عبادة بن الصامت وفيه ان النبي (ع) قال : خذوا عني ، قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة » •

(١) روى هـــذا الحديث في بلوغ المرام لابن حجر العســقلاني • (ط • دار الكتــاب العربي ، ص٢٢٤) على النحو الآتي : عن عبـادة بن الصامت (رض) قال : قال رسول الله (ص) : خذوا عني خذوا عني ، فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » رواه مسلم • وقوله : فقد جعل الله لهن سبيلا اشارة الى قول الله تبارك وتعالى « فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا » •

ثم ترجم وهي مخمرة بخمارها[1] ، واذا مات الرجل أو المرأة من ذلك فانه يغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين ويكون ميراثـه لورثته من المسلمين ، وبهذا جاءت السنة ، وهو قول جميع الفقهاء •

فصـــــل

رجم المريض والمريضة

٧٨٨٨ ـ ويرجم المريض والمريضة لان المقصود فوات الروح لا غيره وذلك لا يمنع منه المرض •

فصـــــل

٧٨٨٩ ـ وان كانت امرأة حاملا فانها لا ترجم حتى تضع حملهـا ويكون لولدها من يرضعه ، فان لم يكن له من يرضعه فانها تترك حتى تكون المربية له •

فصـــــل

قبول رجوع المحدود بحد يجب بالإقرار

٧٨٩٠ ـ وان كان الحد يجب باقرار المقر فرجع عن ذلك قبل اقامة الحد قبل رجوعه رجلا كان أو امرأة لان ماعزا لما هرب فاعلم النبي صلى الله عليه وسلم بذلك قال : هلا تركتموه •

فصـــــل

٧٨٩١ ـ وان كان ثبت ذلك بينة لم يقبل رجوعه ولم يترك ليهرب ، ولا خلاف في ذلك •

---

(١) في بلوغ المرام (ص ٢٢٦) ان امرأة من جهينة اتت النبي وهي حبلى من الزنا فقالت يا رسول الله اصبت حدا فاقمه على ، فدعا رسول الله (ص) وليها فقال : احسن اليها ، فاذا وضعت فأتني بها ، ففعل فأمر بها فشكت عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت ، ثم صلى عليها •• » رواه مسلم •

فصـــــل

الإقرار أربع مرات

٧٨٩٢ – ولا يثبت الحد عليه حتى يقر اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس القاضي •

٧٨٩٣ – ومن اصحابنا من قال يمر ويجيء اربع مرات وان كان في مجلس واحد فيعتبر مجالس المقر وهو قول ابن ابي ليلى •

٧٨٩٤ – وقال الشافعي يثبت باقراره مرة واحدة كما تثبت سائر الحقوق ، ولو كان كسائر الحقوق لم يجز له الرجوع عما اقر ، والخبر في ماعز انه اقر اربع مرات وهناك قال عليه السلام ، الآن وجب الحد •

فصـــــل

٧٨٩٥ – ولو فرق الاقرار في اشهر أو سنين فهو واحد ويحد به •

٧٨٩٦ – وقد ذهبت الخوارج الى ان الرجم منسوخ بالآية ، والعلماء على خلاف ما قالوا والعمل بالسنة وقد رجم عمر بن الخطاب رضى الله عنه ولم ينكر عليه احد ذلك •

فصـــــل

٧٨٩٧ – ولابد ان تكون المزني بها ممن لا شبهة لـه فيها والفعل لا شبهة فيه والفاعل لا شبهة له حتى يجب الحد •

فصـــــل

٧٨٩٨ – وقد قال اصحابنا ، لو اختلف الشهود في الازمان والاماكن والبيوت فان ذلك شبهة تسقط الحد عن الشهود والمشهود عليه خلاف زفر يحد الشهود •

فصـــل

اختلاف الشهود في زوايا البيت

٧٨٩٩ ـ ولو اختلفوا في زوايا البيت فليس بخلاف ويقام الحد على المشهود عليه ، وقال زفر لا يقام وهو قول الشافعي •

٧٩٠٠ ـ لانه يمكن ان يكون فعلا واحدا ابتدأ باوله وتم في آخر زاويــة •

فصـــل

اختلاف الشهود في الألوان

٧٩٠١ ـ ولو قال البعض سمراء أو طويلة أو قصيرة ، وقال الآخرون بخلاف ذلك من الالوان والهيئة فليس باختلاف •

٧٩٠٢ ـ وقال زفر ذلك اختلاف ويحد الشهود •

فصـــل

شهادتهم على الترتيب

٧٩٠٣ ـ ولو شهدوا واحدا بعد واحد حتى تم العدد اربعة في مجلس واحد اقيم الحد على المشهود عليه وان جاءوا في مجلس واحد حدوا جميعا وكانوا قذفه •

٧٩٠٤ ـ وقال الشافعي ان جاءوا مجيء الشهادة لم يحدوا مع التفريق •

فصـــل

رجوع الشهود

٧٩٠٥ ـ ورجوع الشهود قد تقدم في باب الرجوع وذكرنا ما فيه من الخلاف فيطلب هناك •

فصـــل

الجلد

٧٩٠٦ ـ فاما الجلد فعلى الحر البكر والحرة البكر اذا زنيا جلد مائة وتغريب عليهما مع ذلك وقال الشافعي يغرب كل واحد من البكرين حولا كاملا ، وليس في الآية ذكر للتغريب ، وهي ناسخة لخبر عبادة ، وخبر عبادة ناسخ لآية النساء وهي اولى بالعمل ، وقد غرب عمر بن الخطاب رضى الله عنه رجلا فارتد عن دينه فقال : لا اغرب بعده احدا ، لانه زيادة في حكم النص ، ولا يثبت بخبر واحد ، وقد ترك الشافعي رحمه الله الجلد مع الرجم ، فيخبرءالذي احتج به فكذلك التغريب[1] •

فصـــل

٧٩٠٧ ـ وعلى العبد النصف من ذلك ، والامة والعبد سواء ، ومن الناس من يقول العبد كالحر والامة على النصف ، وهو من اهل الظاهر •

٧٩٠٨ ـ وقال مالك العبد لا يغرب لانه يضر بمولاه ، وكذلك الامة •

٧٩٠٩ ـ وقال بعض اصحاب الشافعي يغرب نصف حول •

فصـــل

٧٩١٠ ـ ولا يقام الحد في البرد المفرط ولا الحر المفرط ولا على مريض ولا حامل ولا نفساء ، ولا يقام الا في وقت مأمون •

فصـــل

٧٩١١ ـ ويضرب جميع البدن الا الوجه والفرج والرأس ويفرق الضرب على جميع الاعضاء •

---

(١) التغريب هو النفي •

٧٩١٢ ـ وقال الشافعي الظهر وحده •

٧٩١٣ ـ وقال ابو يوسف يضرب الرأس ايضا •

فصـــل

٧٩١٤ ـ ويضرب الرجال قياما والنساء قعودا •

فصـــل

٧٩١٥ ـ ولا يرفع يديه في الضرب ، ويكون بسوط ، قد دقت تمرته[1] •

٧٩١٦ ـ ومن اكره امرأة على الوطء فلا مهر عليه وعليه الحد عند اصحابنا •

٧٩١٧ ـ وقال الشافعي يجب الحد والمهر •

٧٩١٨ ـ ولو وجب المهر ملك البضع وكان يحد في ملكه[2] •

---

(١) كذا والعبارة مصحفة وصوابها على ما يظهر ويكون بسوط قد قطعت ثمرته يدل علـى ذلك ما جـاء في جامع مسـانيد الامام (٢/٢١٨) « عن ابى حنيفـة ••• ان رجلا أتى بابن اخ له نشـوان الى عبدالله بن مسعود (رض) فطلب له عبدالله عذرا فلم يجد له عذرا فامر بحبسه ، فلما صحا دعا به ودعا بسوط فأمر به فقطعت ثمرته الخ » •

(٢) في بدايـة المجتهد (٢/٣٦٥) « لا خلاف بين اهل الاسـلام ان المستكرهة لا حد عليها ، وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها :

وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة ؟

فمن قال عوض عن البضع أوجبه في البضع في الحلية والحرمية

ومن قال انه نحلة خص الله به الازواج لم يوجبه » •

والراجح عندي انه في المستكرهة « عوض عن البضع » على حد تعبيرهم أي تعويض عن الضرر الذي اصاب المستكرهة في عرضها وشـرفها ، وانه لا يعد بالتالي نحلة أو صداقا يمنع الحد •

وهذا مثال على ان اختلاف الفقهاء في مفاهيم الالفاظ ربما أدى وقوف بعضهم عند ظاهر اللفظ ففاته التصور السليم لحقيقة الوقائع •

فصـــل

٧٩١٩ ـ وان اقر بزنا امرأة غائبة أو حاضرة فانكرت فلا حد عليه ، وقال الشافعي يحد •

فصـــل

٧٩٢٠ ـ ولا حد على من وطيء بشبهة ولا من زفت اليه غير امرأته ولا على شريك في جارية شريكه •

فصـــل

٧٩٢١ ـ ولا على من استأجر امرأة للزنا عند ابي حنيفة حد ، وقالا يجب الحد ، وهو قول الشافعي •

فصـــل

٧٩٢٢ ـ ولا يجب الحد بغير الوطء في الفرج عند ابي حنيفة •

٧٩٢٣ ـ وقال الشافعي يجب بالوطء في الدبر(١) •

فصـــل

٧٩٢٤ ـ ولا يجب بالوطء فيما دون الفرج ويجب التعزير بذلك •

فصـــل

٧٩٢٥ ـ والتعزير عند ابي حنيفة ان ينقص من اربعين سوطا واحدا أو ما شاء ، وقد روى عن ابي يوسف خمسة وسبعون سوطا وروى تسعة وسبعون سوطا •

---

(١) وفي المذهب الحنبلي ايضا حد اللوطي كحد الزاني (زاد المستقنع للمقدسي ، ص١٦٥) وفي شرائع الاسلام للمحقق الحلي من فقهاء الشيعة عرف بكونه « يتحقق بغيبوبة الحشفة قبلا أو دبرا » (ق٤/١٤٩ منه) •

٧٩٢٦ ـ وقال بعض الفقهاء ما يراه الامام ولو بلغ به القتل ، وحكاه الطحاوي في المختصر •

فصـــــل

٧٩٢٧ ـ ومن مات من الضرب في الحد فلا ضمان على الامام في بيت المال ولا في ماله لانه مات بحق خلاف الشافعي •

فصـــــل

٧٩٢٨ ـ ولو وجد الشهود عبيدا أو محدودين في قذف غرم دية المقتول من بيت المال لانه غلط في الحكم وقد مضى في اول الكتاب بيان ذلك•

فصـــــل

٧٩٢٩ ـ ولا يحلف القاضي في الزنا وقد مضى في الايمان ما يحلف فيه وما لا يحلف •

فصـــــل

٧٩٣٠ ـ ولا يقبل في ذلك شهادة النساء مع الرجال وقد مضت لانه قال تعالى (ولم يأتوا باربعة شهداء) •

فصـــــل

٧٩٣١ ـ ولو وطيء العاقل مجنونة أو صبية فعليه الحد ولا حد على المجنونة والصغيرة •

فصـــــل

٧٩٣٢ ـ ولو دعت العاقلة مجنونا الى نفسها فلا حد عليها عندنا لانها ليست بزانية لان فعل الرجل هو المتبوع •

٧٩٣٣ ـ وقال الشافعي يجب عليها الحد لانه لا عبرة بكونه مجنونا •

فصـــــل

٧٩٣٤ ـ ولا حد على من وطيء بهيمة ولا ميتة •

٧٩٣٥ ـ وقال الشافعي يجب الحد ، وما دون الفرج ادعى في الشهوة من البهيمة ولا يسمى زنا •

فصـــــل

٧٩٣٦ ـ واذا وطيء امة زوجته أو امة ابيه او امه وقال ظننت انها تحل لي فلا حد ، وقال زفر عليه الحد • ولو قال : انا اعلم انها حرام حد في قولهم جميعا •

٧٩٣٧ ـ وقالوا في الأب يطأ جارية ابنه انه لا يحد في الوجهين • وذكر جميع المسائل فلا يمكن وانما هذه اصول •

فصـــــل

مستأمن يزني

٧٩٣٨ ـ وقا قال اصحابنا لو زنا المستأمن بمسلمة أو ذمية في دار الاسلام فلا حد على الرجل وعلى المرأة الحد عند ابي حنيفة •

٧٩٣٩ ـ وقال ابو يوسف يحدان جميعا •

وقال محمد لا حد على واحد منهما •

٧٩٤٠ ـ وكذلك الخلاف لو زنا المسلم بذمية أو مستأمنة •

وهذا حكم الحد من طريق الفعل فاما من طريق القول فهذا (يرد) في باب حد القذف •

باب حد القذف

وهذا باب حد القذف[1]

عقوبة القاذف

٧٩٤١ ــ ومن قذف امرأة حرة مسلمة بالغة بزنا ولم يأت باربعة شهود يشهدون بما قال فعليه الحد ثمانون جلدة ، وتسقط شهادته من الشهادات ، ولا تقبل له بعد ذلك شهادة ابدا وان تاب عند اصحابنا[2] ٠

---

(١) والاصل في حد القذف قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ٠ ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ، واؤلئك هم الفاسقون ، الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم » (النور ٤/ ٢٤) ٠

(٢) جاء في بداية المجتهد لابن رشد (٢/٣٦٧) في صدد ما يترتب على توبة القاذف :

« اتفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ، ما لم يتب ٠

واختلفوا اذا تاب :

فقال مالك تجوز شهادته ، وبه قال الشافعي ٠

وقال ابو حنيفة لا تجوز شهادته ابدا ٠

والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة [في آية رمي المحصنات] أو يعود الى اقرب مذكور ، وذلك في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ، واؤلئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ٠

فمن قال يعود الى اقرب مذكور ، قال : التوبة ترفع الفسق فلا تقبل شهادته ٠

ومن رأي الاستثناء يتناول الأمرين جميعا قال : التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة ٠

وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع ، اي خارج عن الاصول ، لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة ٠

واتفقوا على ان التوبة لا ترفع الحد » ٠

٧٩٤٢ ـ وقال الشافعي [ومالك] تقبل ، وقد مضت في الشهادات .

فصل

حد العبد

٧٩٤٣ ـ ويحد العبد اربعون جلدة لانه على النصف من الحر في الجلدة فيما يتبعض .

فصل

حد الذمي

٧٩٤٤ ـ والحد يجب على الذمي يقذف المسلم ، ولا يجب على المسلم بقذف الذمي ولا قذف العبد ولا قذف صغيرة ولا مجنونة .

فصل

نزع الفرو والحشو

٧٩٤٥ ـ ويضرب القاذف على الصفة التي يكون عليها الا انه ينزع عنه الفرو والحشو .

فصل

٧٩٤٦ ـ واشد الضرب عندنا ضرب التعزير لانه يقصر عدده وبعده حد الزنا وبعده حد الخمر والسكر وبعده حد القذف وهو اخف الحدود لانه يجوز ان يكون صادقا فيما قال .

فصل

قذف حراً مسلماً

٧٩٤٧ ـ ومن قذف حرا مسلما بالغا بالزنا فعليه الحد اذا طلب ذلك المقذوف منه لان الرجل والمرأة في ذلك سواء ، ولا نعلم خلاقا في ذلك .

فصل

٧٩٤٨ ـ ولو صدقه المقذوف فيما قال فلا حد عليه لذلك القول .

فصـــــل

٧٩٤٩ ـ وان عفى عنه المقذوف فله ان يطالبه بالحد وعفوه باطل لانه حق الله تعالى فلا يسقط بالعفو وهذا قول اصحابنا المشهور •

٧٩٥٠ ـ وقد روى الطحاوي عن ابي يوسف في المختصر انه ، قال عفوه جائز ، ويسقط الحد[1] •

٧٩٥١ ـ وهو قول الشافعي ، وقاس ذلك على الدين •

فصـــــل

٧٩٥٢ ـ ولو ادعى على رجل انه قذفه فانكر فطلب يمينه فلا يمين عليه عندنا لانه حد ، وقال الشافعي يحلفه لانه حق يصح اثباته بالطلب •

فصـــــل

٧٩٥٣ ـ ولو قال لرجل ، لست لابيك وذلك في حال غضب فانه يحد •

فصـــــل

٧٩٥٤ ـ ومن قال لرجل يا ابن الزانية وامه حرة مسلمة فان كانت حية فهي التي تطلب بالحد ، وان كانت ميتة فالولد والوالد يطالبان بذلك وليس ذلك لغيرهما •

٧٩٥٥ ـ وقال زفر لا حد في ذلك لانه لا يورث •

---

(١) في مختصر الطحاوي (ص٢٦٥) ان لابي يوسف قولين في عفو المقذوف احدهما ان عفوه باطل ، وقد روى هذا القول عنه محمد (رض) وهو قول ابي حنيفة ومحمد ، والآخر رواه اصحاب الاملاء عن ابى يوسف ان عفوه جائز ، وانه ليس لــه مطالبــة القاذف بــه بعد ذلك ، وبــه اخذ الطحاوي •

فصـــل

التعريض

٧٩٥٦ ـ ولا يجب الحد بالتعريض عند اصحابنا[١] .

٧٩٥٧ ـ وقال مالك يجب ، وهو احد قولي الشافعي .

٧٩٥٨ ـ لان التعريض يحتمل ، وقد قال لا يكون قذفا حتى ينوى .

فصـــل

٧٩٥٩ ـ ومن قال لرجل لست لامك فانه لا يحد لان هذا كذب محض .

---

(١) في مختصر الطحاوي (ص٢٦٥) « لا يجب الحد في القذف الا ان يكون قذفا مصرحا لا كناية فيه ، فاما ان كان عنى غير ذلك أو كان تعريضا ، فانه لا يجب حد ولكنه يجب فيه التعزير » .

وفي بداية المجتهد (٢/٣٦٦) « واختلفوا ان كان بتعريض : فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى لا حد في التعريض . الا ان ابا حنيفة والشافعي يرى بان فيه التعزير .

وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود .

قال مالك واصحابه : في التعريض الحد .

وهي مسألة وقعت في زمان عمر فشاور عمر فيها الصحابة ، فاختلفوا فيها عليه ، فرأى عمر فيها الحد .

وعمدة مالك ان الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح ، وان كان النص فيها مستعملا في غير موضعه ، اعني مقولا بالاستعارة .

وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذي في الاسم المستعار شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات .

والحق ان الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص ، وقد تضعف في مواضع » .

فابن رشد توسط بين الرأيين فلم يقل لاحد في كل تعريض ولم يذهب الى وجوب الحد في كل تعريض وانما جعل للقاضي النظر في ما يحتمله التعريض بحسب العرف اللغوي في كل زمان وهذه التفرقة في نظري ادق ←

فصـــل

زنأت في الجبل

٧٩٦٠ ـ ومن قال لرجل زنأت في الجبل وقال نويت صعودا انـه لا يصدق عند ابي حنيفة وابي يوسف[1] ، وقال محمد والشافعي لا يجب الحد لان اللفظ حقيقة في الفعل ، فهو كما لو قال زنيت في الدار .

فصـــل

٧٩٦١ ـ ومن قذف جماعة بقول واحد أو اقوال فعليه حد واحد فاذا استوفى منه الحد فهو لكل قذف تقدم ، وقال الشافعي ان بالفاظ فلكل واحد منهم حد ، وان كان بلفظ واحد فعلى قولين اصحهما يجب حد واحد .

فصـــل

٧٩٦٢ ـ ومن قال لرجل لست لابيك فانما قذف الام دون الاب .

فصـــل

٧٩٦٣ ـ ومن قال لامرأة يا زان فهو قاذف لان المؤنث يجوز ان يذكر اذا جمع مع الغير .

من اطلاق القولين ، والظاهر ان القول بان القذف بالتعريض فيه تعزير ولا حد فيه ، معناه التعزير عن ضرر معنوي أصاب المقذوف تعريضا ، وبهذا يمكن تخريج التعويض عن الضرر الادبي المعنوي في كل فعل يملك القاضي فيه التعزير سواء اصاب الضرر عضوا فيه منفعة وجمال أم أضر بسـمعة شخص ومشاعره وبهذا التخريج يمكن افساح المجال لتجديد الاجتهاد في باب المسؤولية عن الضرر المعنوي ولا حرج في ذلك نظراً لتغير وجهة النظر بتغير الأزمان ولاتفاق اعلام الفقهاء في جميع العصور على كون الاجتهـاد مستمرا مشرع الابواب .

(١) في مختصر الطحاوي (ص٢٦٨) خلاف ذلك فقد جاء فيه « من قال لرجل زنأت في الجبل ، ثم قال عنيت صعودا فان ابا حنيفة وابا يوسف (رض) قالا : يحد » .

فصـــل

يا فاسق إلخ

٧٩٦٤ ـ فان قال يا فاسق أو خبيث أو فاجر أو ملعون فانه يعزر ولا يحد لانه لم يقذفه •

فصـــل

تكرر القذف

٧٩٦٥ ـ وان قذف رجلا فحد له ثم قذفه ثانيا فانه لا يحد له ابدا •

٧٩٦٦ ـ وقال ابن ابي ليلى ان كان بالقذف الاول لم يحد وان كان بآخر حد له •

٧٩٦٧ ـ لانه حد لاجله[1] •

فصـــل

هل التعزيز واجب

٧٩٦٨ ـ والتعزير واجب عندنا ، وقال الشافعي لا يجب لأنه عقوبة لاجل حق الله فهو كالحد •

فصـــل

التلف بالتعزيز

٧٩٦٩ ـ وان تلف بالتعزير فلا ضمان عليه ولا في بيت المال ، وقال الشافعي يجب عليه الضمان ومن اين يؤخذ ؟ قولان احدهما من بيت المال والثاني من مال الذي اقامه •

---

(١) هذا التفصيل لم يرد في اختلاف ابى حنيفة وابن ابى ليلى ، تحقيق الافغاني (ص١٦٧) اذ يفهم مما جاء فيه ان مذهب ابى حنيفة ان قذف مرارا فانما عليه حد واحد ولا ذكر لما ذهب اليه ابن ابى ليلى من تفرقة مناسبة في الموضوع •

كتاب السرقة

تعريف

٧٩٧٠ ـ اعلم ان السرقة اخذ مال الغير على سبيل الاستخفاء من غير شبهة له في اخذه •

الآثار الواردة في السرقة

٧٩٧١ ـ والاصل في ذلك قوله تعالى « والسارق والسارقه فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم »[١] •

٧٩٧٢ ـ والمعمول به من قول افقهاء ان القطع لا يجب بما يقع عليه اسم سرقة ولا على من يقع عليه اسم سارق الا بقدر [ما] يقع عليه الاسم •

فصـــل

القطع

٧٩٧٣ ـ والقطع يجب على سارق دون سارق وبقدر دون قدر ومن موضع دون موضع وبمال دون مال وبأخذ دون اخذ •

٧٩٧٤ ـ وان عموم الآية متروك بالسنة وعمل الأمة ، لان الظـاهر لا يدل على المراد بالآية حتى يضم اليها ما لم يدخل تحت لفظها ، وليس حكمها حكم ما يتناوله الظاهر ثم يخرج منه البعض وقد ذكرت في شرح كتابي التشويق الى العلوم والبحث عن حقيقة المعلوم في شرح اصول الفقه فيه ما قاله اصحابنا في ذلك وثبت ما ذكره الشيخ ابو عبدالله[٢] وقاضـي

---

(١) المائدة (٥/٣٨) •

(٢) هو شـيخه محمد بن علي بن محمد بن الحســين ابو عبدالله الدامغاني الكبير ، وقد مضت ترجمته في (ص١٧ من هذا الكتاب) •

القضاة عبدالجبار[1] رحمهما الله وسائر اصحابنا ، واستوفيت الكلام في ذلك فيطلب ذلك من لم يقع اليه ليجده •

فصـــــل

٧٩٧٥ ـ والاصـــل الذي اعتمد عليه اصـحابنا في الباب ان القطع لا يثبت الا توقيفا اتفاقا فاذا اختلفت السنن عمل بالمجمع عليه منها وذلك نحو ما روى ربع دينار[2] وروى عشرة دراهم فاخذوا بالزائد من الاخبار• وعملوا به لأجل الاتفاق عليه •

فصـــــل
أقل ما يقطع به

٧٩٧٦ ـ فقالوا لا يقطع السارق في اقل من عشرة دراهم أو ما قيمته ذلك ، والمعتبر بالدراهم •

٧٩٧٧ ـ وقال الشافعي يقطع في ربع دينار •

٧٩٧٨ ـ وقد روى عبدالله بن عمرو بن العاص ان النبي صلى الله

---

(١) قاضـــي القضاة عبدالجبـــار بن احمد الهمداني المتوفى عـــام ٤١٥هـ كان من كبار المعتزلة ويلقبه المعتزلة قاضي القضاة لا يطلقون هذا اللقب على سواه له تصانيف عديدة حققت ونشرت منها تنزيه القرآن عن المطاعن (دار النهضة الحديثة ، بيروت ـ لبنان) وشرح الاصول الخمسة والمغنى في ابواب العدل والتوحيد باشراف المرحوم طه حسين (انظر ترجمة له في طبقات الشافعية للآسنوي ، تحقيق صديقنا الأستاذ عبدالله الجبوري ٣٥٤/١ ـ ٣٥٥) •

(٢) جاء في بلوغ المرام (ص ٢٢٨) عن عائشة (رض) قالت : قال رسول الله (ص) « لا تقطع يد سارق الا في ربع دينار فصاعدا » متفق عليه، واللفظ لمسلم ، ولفظ البخاري « تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا » • وفي رواية لاحمد « اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك »•

عليه وسلم قطع في مجن قيمته عشرة دراهم[1] وكذا قال ابن عباس ، وعن ابن مسعود قال لا اقطع الا في عشرة دراهم أو دينار وعن ابى بكر وعلي رضى الله عنهما انهما قالا لا يقطع الخمس الا في خمس واذا اختلف ما ذكرناه وجب ان لا يقطع بالشك ويدرأ الحد لمكان الشبهة في ذلك .

فصـــــل

٧٩٧٩ ـ واجمع المختلفون انه لا يقطع في اقل من ربع دينار الا شيئاً حكاه الكرخي رحمه الله عن محمد بن الحسن وهو قول الخوارج انه يقطع في القليل والكثير والعلماء على خلافه .

فصـــــل

لا قطع إلا بإقرار أو بينة عادلة

٧٩٨٠ ـ ولا يقطع السارق الا ان يقر بانه سرق ما يجب فيه القطع من حرز مثله مما لا شبهة له فيه أو يقوم بذلك بينة عادلة ليس فيها امرأة .

فصـــــل

رد الشهادة بالتقادم

٧٩٨١ ـ ولا تقبل منهم الشهادة ان تقادموا وقد قدر بعض اصحابنا

---

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (٢/٢١٧) « ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان النبي (ص) قطع في مجن . قال ابراهيم : كان ثمن المجن عشرة دراهم . وفي سبل السلام (١٩/٤) ان اكثر فقهاء العراق انه لا يوجب القطع الا سرقة عشرة دراهم ولا يجب في أقل من ذلك ، واستدلوا لذلك بما اخرجه البيهقي والطحاوي من طريق محمد بن اسحق من حديث ابن عباس « انه كان ثمن المجن على عهد رسول الله (ص) عشرة دراهم » . وروى ايضا محمد بن اسحق من حديث ابن عمر انه (ص) قطع في مجن ، وان كان فيهما ان قيمته ثلاثةدراهم ، لكن هذه الرواية قد عارضت رواية الصحيحين ، والواجب الاحتياط مما يستباح به العضو المحرم قطعه الا بحقه ، فيجب الأخذ بالمتيقن وهو الاكثر » .

بشهر ومنهم من لم يقدر ذلك وقد قال الشافعي تقبل مع التقادم كما يقبل الاقرار ، وهو قول ابن ابي ليلى • وقال زفر لا يقبل الاقرار والشهادة مع التقـادم •

٧٩٨٢ – واتفقوا على انه يقبل في وجوب ضمان المال ، وكذلك لو شهد الرجال والنساء قضى عليه بالمال دون القطع •

فصـــــل

٧٩٨٣ – واتفقوا في حد القذف انه يقبل مع البينة والاقرار •

فصـــــل

إقراره مرتين

٧٩٨٤ – وقال ابو حنيفة ومحمد وعامة الفقهاء يقبل اقراره مرة في السـرقة •

٧٩٨٥ – وقال ابو يوسف لا يقبل حتى يقر مرتين فيجب القطع •

وقد روى عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه ذلك •

فصـــــل

موضع القطع

٧٩٨٦ – والقطع من الزند عندنا في الموضـع الذي يجب القطع • وقال بعض الفقهاء من اصول الاصابع ، وقال الخوارج من المنكب ، والذي روى في السنة انه قطع من الزند •

فصـــــل

٧٩٨٧ – واجمعوا على ان القطع يجب في يده اليمنى بالسرقة الاولى اذا كانت اليسار سالمة فان كانت شلاء لم يقطع اليمنى وغرم المال •

فصـــــل

٧٩٨٨ ـ وان سـرق دفعـة اخرى قال العلماء انـه يقطع الرجل اليسرى ، وهذا قطع لم يثبت في الآية وانما هو فرض مبتدأ ثبت بعمل الامـة .

فصـــــل

٧٩٨٩ ـ فان سرق دفعة ثالثة لم يقطع عند اصحابنا .

وقال الشافعي يقطع يده اليسرى فان سرق دفعة رابعة قطعت رجله اليمنى . وروى ذلك عن ابي بكر رضي الله عنه .

وقد روى عن علي رضى الله عنه انه قال اني لاستحي من الله تعالى ان لا ادع له يدا يأكل بها ويتوضأ .

٧٩٩٠ ـ واذا كان الاصل في القطع الآية ولم يقطع يده اليسرى في الدفعة الثانية فاحرى ان لا يقطع في الثالثة ويستودع السجن حتى يحدث توبة ويغرم ما سرق .

فصـــــل
رد المسروق

٧٩٩١ ـ واتفقوا على ان العين المسروقة اذا كانت قائمة في يد السارق انه يجب ردها على المالك .

فصـــــل
لا جمع بين قطع وضمان

٧٩٩٢ ـ فاما ان كانت قد هلكت او استهلكها هو قبل القطع وطلب القطع قطع ولا ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ومالك بن

انس ، ولا يجمع عليه عندنا قطع وضمان[1] ولا حد ومهر ولا عشر وخراج .

٧٩٩٣ ـ وقد قال الشافعي يجب الضمان والقطع في الاحوال كلها .

٧٩٩٤ ـ وقال ابن زياد ان هلكت العين فلا ضمان وان استهلكت العين ضمن .

٧٩٩٥ ـ وروى ابن سماعة عن محمد انه قال لا يجب الضمان في القضاء فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيجب الضمان لمالكها .

٧٩٩٦ ـ وانما لم يجب الضمان لانه يملك العين به فيؤدى الى ان يقطع في ملكه وهذا لا يجوز والآية تدل على وجوب القطع خاصة .

فصل

من زنا بجارية فقتلها

٧٩٩٧ ـ ولو زنا بجارية فقتلها فعليه القيمة والحد .

٧٩٩٨ ـ وقال ابو يوسف لا حد عليه ، ولو كانت حرة عليه الحد والدية في قولهم جميعا .

فصل

٧٩٩٩ ـ وقال اصحابنا لو زنا بصغيرة فافضاها فلا حد عليه ، فان كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية والمهر في قولهم جميعا ، وان كان البول

---

(١) عن عبدالرحمن بن عوف (رض) ان رسول الله (ص) قال : « لا يغرم السارق اذا اقيم عليه الحد » . رواه النسائي وبين انه منقطع . وقال ابو حاتم هو منكر . (بلوغ المرام ، ص٢٣٠) .

لا يستمسك فعليه الدية ولا مهر عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٨٠٠٠ ـ وقال احمد والشافعي يجب عليه الحد •

فصـــل

٨٠٠١ ـ وان كانت لا يجامع مثلها فانها لا تحرم على ابنه ولا ابيه ولا يثبت تحريم المصاهرة عند ابي حنيفة ومحمد •

٨٠٠٢ ـ وقال ابو يوسف وقعت الحرمة ، وعند الشافعي لو كانت حرة لم يوجب تحريم المصاهرة •

فصـــل

زنا بأمة ثم اشتراها أو حرة ثم تزوجها

٨٠٠٣ ـ ولو زنا بأمة ثم اشتراها أو حرة ثم تزوجها لم يسقط الحد •

وسمعت قاض القضاة رحمه الله يقول في ذلك رواية اخرى انه يسقط في الجميع والخلاف على ما حكاه مع ابي يوسف ولعله جعل قول ابى يوسف رواية •

فصـــل

العود في الجناية والمجنى عليه واحد

٨٠٠٤ ـ ولو سرق عينا فقطع فيها ثم سرقها دفعة اخرى لم يقطع عند اصحابنا ، وقال الشافعي يقطع •

٨٠٠٥ ـ واجمعوا انه لو قذف رجلا ثم اعاد قذفه انه لا يحد له دفعة اخرى ، وفي الزنا اذا حد مرة ثم زنا بها يحد مرة اخرى •

فصـــل

رجوعه عن الإقرار

٨٠٠٦ ـ ولو رجع عن الاقرار قبل القطع لم يقطع •

فصـــــل

٨٠٠٧ - ولو عفا عنه المسروق منه أو وهب العين له قبل ان يرفعه الى السلطان سقط القطع وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انـه قال : « تجافوا الحدود ما لم ترتفع الى ، فاذا رفع الى ذلك فقد وجبت »[1] وكان يأمر بالستر على العصاة ويظهر في وجهه الكراهة اذا رفعت اليه .

٨٠٠٨ - ولو عفا عنه بعدما رفعه الى الامام فالعفو باطل .

فصـــــل

٨٠٠٩ - ولو وهب العين بعدما رفعه سقط القطع عند ابي حنيفة .

٨٠١٠ - وقال أبو يوسـف والشافعي لا يسـقط ، وليس في خبر صفوان[2] انه قطع السارق ، وانما فيه ، قبل ان تأتني به ، يعني ان تفضحه وتشهره .

---

(١) في بلوغ المرام (ص٢٢٧) روى حديث بهذا المعنى وبالفاظ اخرى فجاء « عن ابن عمر (رض) قال قال : رسول الله (ص) « اجتنبوا هـــذه القاذورات التي نهى الله عنها ! فمن ألم بها فليستتر بستر الله ، وليتب الى الله ، فانه من يبدلنا صفحته نقم عليه كتاب الله » رواه الحاكم ، وهو في الموطأ من مراسيل زيد بن اسلم .

وفي جامع مسانيد الامام (٢/٢١٧ - ٢١٨) « عن ابى حنيفة ان اول حد اقيم في الاسلام ان رسول الله (ص) اتى بسارق فأمر به فقطعت يده ، فلما أنطلق به نظر الى رسول الله (ص) كأنما اسفى في وجهـه الرماد ! فقالوا يا رسول الله كأنه شق عليك ؟! فقال الا يشق على ان تكونوا اعوان الشيطان على اخيكم ؟!

قالوا افلا ندعه ؟

قال : افلا كان هذا قبل ان يؤتى به ! فان الامام اذا رفع اليه الحد فليس ينبغي له ان يدعه حتى يمضيه ، ثم تلا وليعفوا وليصفحوا الى آخر الآيـة .

(٢) عن صفوان بن امية ان النبي (ص) قال له لما أمر بقطع الذي ←

فصــــل

سرقة ما يسرع إليه الفساد

٨٠١١ ـ واذا سرق ما يسرع اليه الفساد لم يقطع[١] .

٨٠١٢ ـ وقال الشافعي يقطع ، وهذا كسائر المطعومات ولا سنة توجب القطع ولا اتفاق والقياس في اثبات القطع لا يجوز عندنا ، وكذلك الصبرة كلها .

فصــــل

٨٠١٣ ـ وقال اصحابنا : ولا يقطع بسرقه شيء من المعادن ، وما يوجد في دار الاسلام مباحا من القصب والخشب والقير والنفط والماء والتراب وفي والساج والابنوس خلاف بين اصحابنا[٢] وكذلك المعمول من الخشب .

٨٠١٤ ـ وقال الشافعي يقطع في الجميع اذا بلغت قيمته نصابا .

٨٠١٥ ـ وقد روى عن ابي يوسف مثل ذلك .

فصــــل

٨٠١٦ ـ ولا يقطع في ثمرة في الشجرة ولا يقطع في كَثَر وهو الجمار[٣] .

فصــــل

٨٠١٧ ـ ومن ادخل يده الى بيت فاخذ مما فيه فلا قطع عليه لانه لم

سرق ردائه فشفع فيه : « هلا كان ذلك قبل ان تأتيني به ! » . اخرجه أحمد والاربعة وصححه ابن الجارود والحاكم (سبل السلام ٤/٢٦ رقم ١٢) .

(١) في مختصر الطحاوي (٢٢٧) لا قطع فيما يفسد ... وان غلت قيمته .

(٢) مختصر الطحاوي (ص٢٢٧) .

(٣) ايضا (ص٢٧٣) .

يهتك الحرز ، ولو سرق من كم رجل بان ادخل يده فيه فانه يقطع لان الكم حرز مثل ما فيه •

فصـــــل

رمي المتاع إلى خارج

٨٠١٨ ـ ولو رمى المتاع الى خارج فاخذه احد بعدما رمى فانه لا قطع على واحد منهما لان الداخل لم يخرج المتاع والخارج لم يدخل[١]•

٨٠١٩ ـ وقال ابو يوسف يقطع بالجميع وهو قول الشافعي •

فصـــــل

دخول الحرز جماعة

٨٠٢٠ ـ ولو دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم حمل المتاع والبعض قيام بالسلاح قطعوا جميعا لانه هكذا يسرق العدد الكثيرة والردء والمباشر سواء وكذلك قطاع الطريق •

٨٠٢١ ـ وقال الشافعي يجب القطع على المباشرة الاخذ دون الآخر ، لان الاخذ حصل بقوة الجميع فصار كأهل الغنيمة •

فصـــــل

٨٠٢٢ ـ ولا يقطع احد الزوجين بسرقة مال الآخر عند اصحابنا جميعا[٢] •

٨٠٢٣ ـ وقال الشافعي يقطع كل واحد بسرقة مال الآخر في احد

---

(١) ايضا (ص٢٢٧ ـ ٢٧٣) •

(٢) ايضاً (ص٢٧٠) •

اقواله ، وذكر اصحابه ان الحارث بن سريج[1] البقال روى عن الشافعي ان المرأة لا تقطع بسرقة مال زوجها والزوج يقطع بسرقة مال زوجته ، وله قول كقولنا .

لان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب كالابوة ، وقياس الشافعي على البائع والمشتري والاجارة والاصل لا يوجب التوارث والنفقة والبسط من احدهما على الآخر .

فصـــــل

سرقة ذوي الأرحام

٨٠٢٤ ـ وذوو الارحام الذين تجب نفقة بعضهم على بعض مع الفقر اذا سرق بعضهم من بعض لا يقطع .

٨٠٢٥ ـ وقال الشافعي ما عدا الوالدين والمولودين يقطع في السرقة لأن بينهما قرابة توجب تحريم المناكحة كالام .

فصـــــل

سرقة مال المستأمن

٨٠٢٦ ـ ولا يقطع المسلم ولا الذمي بسرقة مال المستأمن .

٨٠٢٧ ـ وقال الشافعي يجب القطع .

لان الاباحة قائمة فيه مؤجله وذلك يؤثر فيما يسقط بالشبهة كالقصاص وقاس هو على الضمان وذلك يوجد في مال الأبوين .

---

(١) كذا والظاهر ان الاسم مصحف وان المقصود به هو ابو العباس أحمد بن سريج المنسوب الى شيراز وقاضيها وهو احد المجتهدين على مذهب الامام الشافعي يقال له البازي الاشهب (آثار البلاد واخبار العباد للقزويني، ص٢١١) . بينه وبين محمد بن داود مناظرات بحضرة ابى الحسن علي بن عيسى ، له من الكتب كتاب الرد على محمد بن الحسن ، كتاب الرد على عيسى ابن أبان ، كتاب التقريب بين المزنى والشافعي ، كتاب جواب القاشاني ، كتاب مختصر في الفقه (فهرست ابن ا لنديم ، ص٢٩٩ ـ ٣٠٠) .

فصــــل

المستأمن يسرق أو يزني

٨٠٢٨ ـ والمستأمن لا يقطع اذا سرق ولا اذا زنى يحد ولا [يحد] حد السكر عند اصحابنا خلاف ابن زياد فانه قال هو والمسلم سواء في الحدود٠

٨٠٢٩ ـ وللشافعي قولان في وجوب القطع ٠ واتفقوا على وجوب الحد عليه بالقذف ٠ ووافق في الزنا انه لا حد ٠

فصــــل

السرقة من الحمام

٨٠٣٠ ـ ومن سرق من الحمام فلا قطع عليه وقال الشافعي يقطع اذا كان له حافظ ، وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ، لانه مأذون في الدخول فيه لكافة الناس فلا يقطع من تناوله الاذن في السرقة ٠

فصــــل

٨٠٣١ ـ وان بط جيب رجل فوقع ما فيه فاخذه من الارض فلا قطع عليه ٠

٨٠٣٢ ـ وقال الشافعي يجب القطع ٠

٨٠٣٣ ـ لانه لم يخرج المسروق من حرز فلا يقطع ٠

ولا قطع على من حمل حملا من القطار عليه حمل وفيه نصاب ، وان زحلق الجوالق وسرق ما فيه قطع ٠

٨٠٣٤ ـ وقال الشافعي يقطع في الوجهين ، لانه سرق الحرز ولم يسرق ما فيه ، وسرقة الحرز لا توجب القطع كمن ادخل دار غيره في داره وخلطه ببنيانه وفيه نصيب من المال ٠

فصـــل

رمي المتاع إلى الخارج

٨٠٣٥ ـ ولو دخل السارق الدار واخذ المتاع فرمى به الى الخارج ثم خرج واخذه قطع عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وهو قول الشافعي وقال زفر لا يقطع •

٨٠٣٦ ـ واتفق اصحابنا على انه لو اخذه رجل من خارج ثم خرج انه لا يقطع لانه ما خرج بالسرقة من الحرز •

فصـــل

ما لا قطع فيه

٨٠٣٧ ـ ومن سرق مصحفا عليه كواكب فضة فيها نصاب فلا قطع عليه •

٨٠٣٨ ـ وقال ابو يوسف والشافعي يقطع ، لان ما في المصحف هو المتبوع وما عليه تبع وسرقة القرآن لا يقطع بها •

٨٠٣٩ ـ ومن سرق طنبورا أو نردا أو آلة من الملاهي فلا قطع عليه •

وقال في الجامع الصغير عليه قيمة ما يصلح لذلك غير معمول عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد لاضمان عليه •

٨٠٤٠ ـ وقال الشافعي في سرقة الصليب وما ذكرنا اذا كانت قيمته غير معمول تبلغ نصابا قطع •

٨٠٤١ ـ لانها صنعه محرمة مأمور بكسرها فنهي عن استعمالها فهي كالخمر •

فصـــل

٨٠٤٢ ـ ومن سرق خمرا في اناء يساوي نصابا فلا قطع عليه في الاناء •

٨٠٤٣ ـ وقال الشافعي يجب القطع في الاناء ، لانه تابع والمقصود الخمر فلا قطع أو يصير ذلك شبهة في الاناء ، ولان الاناء مختلف في جواز كسره واتلافه على مالكه اذا كان فيه خمر فلا يجب به القطع .

فصـــــل

اختلاف الشاهدين في لون البقرة

٨٠٤٤ ـ واذا قامت البينة على السارق بانه سرق بقرة واختلفا في لونها فقال احدهما سوداء ، وقال الآخر بيضاء فالشهادة جائزة عند ابي حنيفة ، وفي قولهما لا تجوز ومن اصحابنا من قال في الغصب اتفاق انه لا يقبل ، وقال بعضهم بل هو على الخلاف .

فصـــــل

النباش

٨٠٤٥ ـ وقال ابو حنيفة ومحمد النباش لا يقطع لانه سرق من غير حرز ولا حافظ له حرمه فلا يقطع ، وقال ابو يوسف والشافعي يقطع .

فصـــــل

شق الثوب في الحرز

٨٠٤٦ ـ واذا شق الثوب في داخل الحرز ثم خرج به بعد ذلك وقيمته نصاب بعد الشق فعليه القطع عند ابى حنيفة ومحمد .

٨٠٤٧ ـ وقال ابو يوسف لا قطع عليه ، لانه خرج به وقد لزمه ضمانه في الحرز وقد روى هذا القول عن ابي حنيفة ايضا .

فصـــــل

سرقة مملوك صغير

٨٠٤٨ ـ ومن سرق مملوكا صغيرا قطع عند ابي حنيفة ومحمد لانه

مال بلغ نصابا ، وقال ابو يوسف لا قطع عليه كالحر الصغير •

فصـــل

سرق وفلان

٨٠٤٩ ـ واذا شهد على السارق بانه سرق وفلان الغائب ، أو اقرانه سرق وفلان الغائب فلا قطع عليه في قول ابى حنيفة الاول ويقطع في قوله الثـاني •

٨٠٥٠ ـ وهو قول ابي يوسف ومحمد ، لأن الغريب يجوز ان ينكر أو يدعى السرقة لنفسه فلا يجب القطع •

فصـــل

صبغ الثوب المسروق

٨٠٥١ ـ واذا سرق ثوبا فصبغه احمر ثم قطعت يد السارق لم يرد الثوب عليه عند ابي حنيفة •

٨٠٥٢ ـ وقال محمد يرد على صاحبه ويغرم قيمة ما زاد الصبغ فيه[1] وقد روى عن ابي يوسف مثل ذلك •

فصـــل

٨٠٥٣ ـ واذا امر الامام بقطع يد السارق فقطع المأمور يدل يـدد اليمنى يده اليسرى فلا شيء عليه عند ابي حنيفة استحسانا •

٨٠٥٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يضمن دية اليد •

٨٠٥٥ ـ وروى ابن زياد عن ابي حنيفة انه قال ان قال له اقطع يده فقطع يساره فلا شيء عليه ، ولو ان السارق هو الذي اخرج يسـاره ،

---

(١) كسب دون سبب •

فقال هذه يميني فقطعه فلا شيء عليه اذا قطعه في قولهم جميعا ، ويضمن السارق قيمة السرقة .

فصـــل

تداخل السرقات

٨٠٥٦ ـ ومن سرق من عدة اناس فخاصمه واحد منهم فقطع فالقطع لجميع السرقات ، ويسقط عنه ضمان سائر ما سرقه لغير الذي خاصم[١] .

فصـــل

٨٠٥٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع المستأجر بسرقة مال المؤجر من الدار التي آجره ولا المؤجر بسرقة مال المستأجر .

فصـــل

٨٠٥٨ ـ وقال ابو حنيفة يقطع كل واحد بسرقة مال الآخر ، لانه لا شبهة بينهما .

فصـــل

٨٠٥٩ ـ واذا سرق من مال الغاصب قطع ، وللغاصب ان يخاصمه وكذلك المودع ، وان سرق من السارق لا يقطع .

٨٠٦٠ ـ ولاصحاب الشافعي في الجميع وجهان احدهما يقطع في الجميع والثاني لا يقطع ، وهو قول زفر لان الوكالة في الحدود لا تجوز .

---

(١) جاء في مختصر الطحاوي (ص٢٧٠) ان سقوط الضمان في هذه المسألة هو قول ابى حنيفة ومحمد وانه روى عن ابى يوسف (رض) انه قال : لا ضمان عليه فيما سرق للذي رفعه خاصة حتى قطع ، وعليه الضمان للآخرين ، وقد اخذ الطحاوي بما روى عن ابى يوسف في هذا الصدد ، والى هذا نذهب ايضا لان حرمة اموال الآخرين ثابتة فلا تسقط بقطع يد السارق حين يرفعه غيرهم .

باب حد قاطع الطريق[1]

ومن قطع الطريق واخاف السبيل وحارب المسلمين فله احكام مختلفة •

فصـــــل

إخافة السبيل فحسب

٨٠٦١ ـ منها ان يخيف السبيل فحسب ولا يأخذ مالا ولا يقتل احدا من الناس ثم يظفر الامام به قبل التوبة فانه يحبس عندنا وهو نفيـه من الارض •

٨٠٦٢ ـ وقال الشافعي حده التعزير ولا يستحق الحبس بل النفي المذكور في الآية اذا ارتكبوا القتل واخذوا المال وطلبوا فهربوا ، فالهرب هو نفيهم من الارض •

والنفي عندنا انما هو قطعه ان يسعى فيها ، فالحبس اشبه من الطلب الذي قاله •

فصـــــل

أخذه مالاً

٨٠٦٣ ـ وان اخذ مع ذلك مالاً فكان ما اخذه عشرة دراهم فصاعدا فانه تقطع يده ورجله من خلاف وان قتل وقطع وأخذ المال فابو حنيفة يقول الامام بالخيار ، ان شـاء قطع يـده ورجله من خلاف وقتلـه وصلبه على الخشبة ، وان شاء لم يصلبه وقطع يده ورجله ، من خلاف ثم قتله ، وان شاء قتله بغير قطع ولا صلب •

٨٠٦٤ ـ وقال الشافعي لا يجوز الاخلال بالصلب ويجوز ا ن يخل بالقطع اذا وجب القتل •

٨٠٦٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد : اذا وجب القتل لم يقتل لان القتل

---

(١) دليل حد قاطع الطريق آية « انما جزاء الذين يحـاربون الله ورسوله » الى آخر الآية •

يأتي على كل شيء ولكن المستحب ان يقتل على الخشبة ويصلب ثلاثة ايام ، وما بعدها مُثْلة .

فصــــل

إن جرح فقط

٨٠٦٦ ـ وا نجرح ولم يفعل غير ذلك فذلك الى ولي المجروح فان كان مما يقتص منه اقتص منه والا كان له الارش .

فصــــل

الرده والمباشر

٨٠٦٧ ـ والرده والمباشر في ذلك سواء .

٨٠٦٨ ـ وقال الشافعي : الحكم يتعلق بمن باشر دون الرده .

اذ بالرده جعل للفاعل ما فعل ، وسائر الآلات في المحاربة سـواء ، وبهذا الحربي افترق امر القصاص والمحاربة ، على قول ابي حنيفة .

فصــــل

الخيار للإمام

٨٠٦٩ ـ وقد قال مالك : الخيار في الاحوال كلها الى الامام فله ان يقتله وان لم يقتل ولم يأخذ مالاً وله ان قتل ان لا يقتله وان يستودعه السـجن .

٨٠٧٠ ـ وقد اتفق الجميع على ان من يسرق في المصر لم ينفك من القطع فاذا انضاف الى ذلك المحاربة والقتل لا يجوز ان يدرأ عنه .

٨٠٧١ ـ وقد قال بعض العلماء ان الآية نزلت في المشركين وحكمها اليوم زائل عن المسلمين وانها منسوخة وشرطها غير موجود وهو محاربـة

الرسول عليه السلام ، وان خبر العرنيين[1] كان قبل تحريم المثلة ، كذا روى انس ابن مالك وغيره •

فصــــل

٨٠٧٢ ـ ولا يكون قاطع الطريق في المصر [و]لا قريبا منه عندنا ، وحكمه حكم الغاصب •

وقال الشافعي يحد حد قاطع الطريق •

فصــــل

قاطعة الطريق

٨٠٧٣ ـ والنساء لا يجرى عليهن حد قاطع الطريق •

٨٠٧٤ ـ وقال الشافعي حكمهن حكم الرجال اذا فعلن فعلهم[2] • لأن لفظ المذكر لا يدخل تحته لفظ المؤنث الا بعد ان يعلم انه مراد بالقصد وهذا لا يعلم •

فصــــل

من لا يجب عليه الحد من قطاع الطرق

٨٠٧٥ ـ ومتى كان في قطاع الطريق من لا يجوز عليه الحد كصبي

---

(١) المقصود بخبر العرنيين النفر الذين ارتدوا في زمان النبي (ص) واستاقوا الابل ، فأمر بهم رسول الله (ص) فقطعت ايديهم وارجلهم وسملت اعينهم (بداية المجتهد ٢/٣٧٧) وقد وردت قصتهم في سنن النسائي (٧/ ٩٥ ـ ٩٨) ومنها : عن حُميد الطويل عن أنس بن مالك ان ناسا من عُرَينه قدموا على رسول الله (ص) فاجتَوَوا المدينة فبعثهم النبي (ص) الى ذَود له فشربوا من البانها وابوالها ، فلما صَحّوا ارتدوا عن الاسلام ، وقتلوا راعي رسول الله (ص) مُؤْمنا واستاقوا الابل ، فبعث رسول الله (ص) في آثارهم ، فاخذوا فقطّع ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم وصلبهم » الخ •••

(١) قول الشافعي يصدق على من يقطع الطريق من نساء عصرنا •

أو ابن او اب أو احد من ذوي الارحام فلا حد على من بقى ويسقط عن الباقين •

وقال الشافعي يحد من بقى ، وهو كالقتل اذا اشترك فيه الاب والاجنبي قتل •

فصل

٨٠٧٦ ـ ومن وجب عليه حد قاطع الطريق وقد كان عليه قبل ذلك حدود من غير جنسه فانه يستوفي حد قاطع الطريق ولا يستوفى من ذلك ما مضى •

٨٠٧٧ ـ وقال الشافعي يستوفى جميع ذلك ثم حد قاطع الطريق •

فصل

٨٠٧٨ ـ ومن قذف وزنا وسرق فانه يبدأ بالقذف وهو بالخيار بين تقديم حد الزنا والسرقة ولاصحاب الشافعي وجهان في تقديم حد الخمر من الجميع أو تأخيره عن الجميع •

فصل

التوبة عن الزنا

٨٠٧٩ ـ والحد لا يسقط بالتوبة في الزنا ويجب به الحد •

وللشافعي قولان في ذلك ، وانما يسقط المأثم وعقوبة الآخرة ، كما لا يسقط الضمان المتعلق بذلك والقتل في حق الآدمي •

فصل

٨٠٨٠ ـ وفي قاطع الطريق احكام كثيرة وكذلك الحدود وفي ذلك مسائل لم استوفها لانها مما لم يقع في الشرع فيضيع الزمان بذكرها وان كان العلم بها حسنا •

واذا قد ذكرنا حكم هذه المعاصي والحدود وكان في ذلك شرب الخمر وانه كثير وله احكام تخصه في التحريم والاباحة وجب ذكر الاشربة •

كتاب الأشربة

وهذا كتاب الاشربة واحكامها وحد المسكر منها •

الآيات الواردة

٨٠٨١ ـ قال الله تعالى : (انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون)[١] •

٨٠٨٢ ـ فجمع بين هذه الاشياء واخبر انها من عمل الشيطان ثم امر المكلفين بالاجتناب ، وامر على الوجوب لانه لا ينهي الا عن قبيح ولا يأمر الا بحسن ثم بين مراد الشيطان فقال (انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل انتم منتهون)[٢] •

٨٠٨٣ ـ ولقد صدق الله فيما قال : واخبر اذ من المعلوم من الدين عند الكافة ان الخمر تحدث عند شربها ما ذكره الله تعالى •

فصـــــل

تعريف الخمر

٨٠٨٤ ـ وقد اختلف العلماء في الخمر وصفتها وهل هي اسم لعين واحدة أو اسم يشمل اعيانا كثيرة وهل هي معللة بعلة لاجلها حرمت أو حرمت لغير علة ؟ واختلفوا في العلة وهل يجوز القياس عليها أو لا يجوز ؟ وهل كانت مباحة قبل التحريم أو غير مباحة ؟ وهل العقل يقتضي اباحتها أو تحريمها ؟ وهل يجوز ان تتخذ من سائر الاعيان أو تختص بنوع من الاعيان ؟ وهل يجوز التداوي (بها) او لا يجوز ؟ وهل يجوز شـربها

---

(١) المائدة (٥/٩٠) •

(٢) المائدة (٥/٩١) •

عند الضرورة ام لا ؟ وكما اختلفوا في ذالك اختلفوا في سائر المشـروبات التي يسـكر كثيرهـا وفي طريق تحريمها • وقـد كنت عملت مسئلة في المشروبات ترجمتها بالمسئلة النظامية في الاشربة واحكامها باسم الصاحب الأجل نظام الملك قوام الدين العالم العادل ، مولى النعم ، اعز الله نصـره كما الفت هذا الكتاب له ولاجله وقسمتها على خمسة عشر فصلا وحكيت فيها سائر اقوال الناس واقوى ما يعتمد عليه كل فريق وهي كافية في العلم بذلك غير ان هذا الموضع يمكن فيه جمل مقنعة في معرفة الحكم ان شاء الله •

فصـــــل

المقصود بالخمر

٨٠٨٥ ـ اجمع العلماء على ان الخمر هي عصير العنب الذي اذا غلى بنفسه اشتد وقذف بالزبد ، وان ما هذا صفته فهو الخمرة التي حرمها الله تعالى في كتابـه وبينها رسـوله صلى الله عليه وسلم وانعقد الاجمـاع على تحريمها وان قليلها وكثيرها في التحريم سواء انه يفسـق شاربها ويكفر مستحلها ولا يقر المسلم على تمولها •

وهي التي لعن الرسول صلى الله عليه وسلم بائعها ومشتريها وحاملها والمحمولة اليه •

فصـــــل

٨٠٨٦ ـ وكلما انخرم من الاوصـاف التي ذكرناها وصـف دخل الخلاف في الجملة •

٨٠٨٧ ـ قال ابو حنيفة اذا لم يقذف بالزبد فليست بخمر •

٨٠٨٨ ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي هو خمر وان لم يقذف بالزبد •

فصـــــل

٨٠٨٩ ـ والاصل في هذا الباب ان الاسماء لا يجوز ان تثبت الا توقيفاً مصطلحا عليه ، وهذا المعنى يوجد فيما قال ابو حنيفة ، ولو كانت خمرا لما وقع الخلاف في ذلك .

فصـــــل

٨٠٩٠ ـ وقال اصحابنا : واذا طبخت بعد الغليان والشدة فانها حرام ولا يحل شربها ، ولا نعلم في ذلك خلافا بين العلماء ، كما ان طبخ لحم الخنزير لا يحله .

فصـــــل

٨٠٩١ ـ والعصير اذا طبخ فليس بخمر وان حدثت فيه الشدة ، وان قال اصحابنا انه ما لم يذهب ثلثاه ويبقى الثلث فهو حرام[١] .

٨٠٩٢ ـ وقال جعفر بن مبشر[٢] انها خمر وان ذهب ذلك القدر ،

---

(١) وهذا القول مرده سنة عمر بن الخطاب على ما ورد في الموطأ (ص٥٢٨ ، ط : كتاب الشعب) فقد جاء فيه ان عمر بن الخطاب حين قدم الشام شكا اليه اهل الشام وباء الأرض وثقلها ، وقالوا : لا يصلحنا الا هذا الشراب . فقال عمر : اشربوا هذا العسل . قالوا : لا يصلحنا العسل. فقال رجل من اهل الارض : هل لك ان نجعل لك من هذا الشراب شيئاً لا يسكر ؟ قال : نعم . فطبخوه حتى ذهب منه الثلثان وبقي الثلث فاتوا به عمر ، فادخل فيه عمر اصبعه ، ثم رفع يده فتبعها يتمطط ، فقال : هذا الطلاء ، هذا مثل طلاء الابل . فامرهم عمر ان يشربوه . فقال له عبادة ابن الصامت : احللتها والله . فقال عمر : كلا والله ، اللهم اني لا احل لهم شيئاً حرمته عليهم ، ولا احرم عليهم شيئاً احللته لهم . اهـ .

(٢) هكذا ورد هذا الاسم في نسخة تونس ايضاً ولم يرد في الفوائد البهية ذكر لفقيه حنفي بهذا الاسم . بل ورد جعفر بن المعتز بن محمد المستغفري النسفي كان فقيها فاضلا محدثا صدوقا جمع الجموع وصنف التصانيف ولم يكن بما وراء النهر من يجري مجراه الخ فلعله هو المقصود . ومع ذلك فالظاهر ان المقصود به جعفر بن مبشر الثقفي ، وهو ـ على ما جاء في ميزان الاعتدال (١/٤١٤) ـ من رؤس المعتزلة وله تصانيف في الكلام ، وهو اخو الفقيه حبيش بن مبشر .

ولو كانت خمرا لما وقع فيها الخلاف ولكفر مستحل ذلك ، والاجماع من العلماء بخلافه •

٨٠٩٣ ـ وقد قال ان سائر المشروبات حلال مع ما ورد فيها من التحريم في كتابه في الاشربة •

فصـــل

٨٠٩٤ ـ واذا اشيب العصير بالماء ثم حدثت الشدة فهو خمر عندنا وعند اهل الحجاز •

فصـــل

٨٠٩٥ ـ وحكى المصنفون في الاشربة كأبي الحسن الكرخي[١] وابي عبدالله البصري[٢] وابن مبشر ان في الناس من يقول ليست بخمر ، وقالوا ان هذا قول شاذ مطرح •

فصـــل

٨٠٩٦ ـ واذا ذهب اقل من الثلثين لم يحل الشرب •

وروى عن ابي يوسف انه كان يقول بالنصف يحل ثم رجع الى قول الجماعة فاعتبر ان يبقى الثلث •

٨٠٩٧ ـ وقال الشافعي كلما يسكر فهو خمر ويقع عليه اسم الخمر حقيقة عند اصحابه الجل ، ولو كان كل ما يسكر خمرا لكفر المستحل وفسق الشارب وردت شهادته ولم يقع بين الامة في ذلك اختلاف وفي وقوع

---

(١) هو عبيد الله بن الحسين أو الحسن الكرخي • من المجتهدين في المسائل وصاحب المختصر الشهير (الفوائد البهية ص١٠٨ ، والفهرست ص٢٩٣) •

(٢) الظاهر انه الحسين بن علي بن جعفر ابو عبدالله القاضي الصيمري ولي قضاء المدائن ، وله كتاب ضخم في اخبار ابى حنيفة ، مات سنة ٤٣٦هـ ، (ترجمته في الفوائد البهية ، ص٦٧) •

الخلاف دليل على ان ذلك ليس بخمر •

٨٠٩٨ - وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها[1] ، والسكر من كل شراب فجعل السكر من سائر المشروبات كالخمر ولو تاول الاسم سائر المشروبات لم يختلف الاسم في ذلك •

فصـــل
علة تحريم الخمر

٨٠٩٩ - واجمع اصحابنا ان الخمر غير معللة بعلة •

وقال الشافعي هي معللة ، واختلف اصحابه في العلة فمنهم من قال الشدة المطربة ، ومنهم من قال لأنها تصد عن ذكر الله •

قالوا : واذا وجدت الشدة من غيرها وجب ان يحرم قياسا على الخمر• ولو كان كل ما فيه شدة خمرا لكان كل ما فيه حموضة خلا ، وكل ما فيه حلاوة عسلا وسكرا وكل جسم فيه صفرة ينطبع ذهبا وكل ما فيه شفاف زجاجا والأمر بخلاف ذلك •

فصـــل

٨١٠٠ - وقال اصحابنا : قد كانت مباحة في صدر الاسلام وجميع الاديان وان العقل لا يقتضي تحريمها ، وقد قال غيرهم العقل يقتضي تحريم جميع الاشياء الا ما ورد فيه اذن الشرع ، وقال بعضهم بالوقف في ذلك •

---

(١) في سبل السلام (٣/٣٥) عن جابر (رض) ان رسول الله (ص) قال : ما اسكر كثيره فقليله حرام ، اخرجه أحمد والاربعة وصححه ابن حبان واخرجه الترمذي وحسنه ، ورجاله ثقات • واخرج النسائي والدارقطني وابن حبان من طريق عامر بن سعد بن ابي وقاص عن ابيه بلفظ « نهى رسول الله (ص) عن قليل ما اسكر كثيره •

فصــــل

التداوي بالخمر

٨١٠١ ـ وقال ابو حنيفة لا يجوز التداوي بها ، وانها اذا طرحت في شراب أو طعام وظهر طعمها أو ريحها أو لونها انه يحرم ويحد المستعمل لذلك .

وقال بعض اصحاب الشافعي يجوز التداوي وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى لم يجعل شفاء امتي فيما حرم عليهم[1] .

فصــــل

الشرب عند الضرورة

٨١٠٢ ـ وقال اصحابنا جميعا يجوز شربها عند الضرورة وليس حالها اكثر من لحم الخنزير والميتة .

٨١٠٣ ـ واختلف اصحاب الشافعي على ثلاث طرق : فمنهم من قال لا تحل بحال . ومنهم من قال بقولنا . ومنهم من قال تجوز للتداوي ولا تجوز الشرب .

فصــــل

الإكراه على شرب الخمر

٨١٠٤ ـ واجمع الجميع على انه اذا اكره على شربها انه يشربها ولا اثم عليه .

---

(١) بلوغ المرام ، ص٢٣٢ رقم ١٠٧٠ ، وفي جامع مسانيد الامام (٢/٣٢١) أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عبدالله بن مسعود (رض) انه قال : ان اولادكم ولدوا على الفطرة فلا تداووهم بالخمر ولا تغذوهم بها ، فان الله لم يجعل في رجس شفاء ، وانما اثمهم على من سقاهم . واخرجه الامام محمد بن الحسن في الآثار فرواه عن الامام ابى حنيفة ثم قال محمد وبه نأخذ ، وهو قول ابى يوسف وابى حنيفة (رض) .

فصـــــل

وجوب حد الخمر

٨١٠٥ – واجمع العلماء على انه يجب على شاربها الحد ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (من شرب الخمر فاجلدوه ، فان عاد فاجلدوه ، فان عاد الرابعـة فاقتلوه) ثم اتى بمن شـرب اربع مرات فجلده ولم يقتله[١] .

فصـــــل

ثمانون جلدة

٨١٠٦ – وحد الخمر عندنا وحد السكر من النبيذ سواء وهو ثمانون جلدة[٢] .

٨١٠٧ – وقال الشافعي اربعون وتجوز الزيادة الى ثمانين على سبيل التعزير[٣] . لان عمر بن الخطاب رضى الله عنه جلد ثمانين بحضـرة الصحابة واخذ رأيهم في ذلك فهو اجماع .

---

(١) في بلوغ المرام ، ص٢٣١ رقم ١٠٦٢ : عن معاوية (رض) عن النبي (ص) انه قال في شارب الخمر « اذا شرب فاجلدوه ، ثم اذا شـرب الثانية فاجلدوه ، ثم اذا شرب الثالثة فاجلدوه ، ثم اذا شرب الرابعة فاضربوا عنقه . اخرجه أحمد وهذا لفظه ، والاربعة ، وذكر الترمذي ما يدل على انه منسوخ ، واخرج ذلك ابو داود صريحا عن الزهري .

(٢) جاء في كتاب الاشربة من الموطأ (ص٢٦٥ ، ط. الشعب) حدثني عن مالك عن ثور بن زيد الدّيلي ان عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل ؟ فقال له علي بن ابي طالب : نرى ان تجلده ثمانين، فانه اذا شرب سكر ، واذا سكر هذى ، واذا هذى افترى ، أو كما قال : فجلد عمر في الخمر ثمانين .

(٣) في بداية المجتهد (ج٢ ص٣٦٨) ان حد الخمر عند الشافعي ←

فصـــــل

بقاء ريحها

٨١٠٨ ـ ولا يقام حد الخمر الا ما دام ريحها يوجد من الشارب في الشهادة والاقرار •

٨١٠٩ ـ وقال الشافعي وان لم يوجد اذا اقر بذلك أو قامت بينة •

٨١١٠ ـ وفرق محمد بن الحسن بين الاقرار والشهادة •

وقال يحد اذا اقر ولا يقبل في الشهادة اذا تقادم ، وسوى الشافعي بين الجميع ، وقد مضت في كتاب الحدود •

فصـــــل

صيرورة الخمر خلاً

٨١١١ ـ واذا صارت الخمر خلا فقد طهرت وحلت ولا فرق بين ان يخللها أو تصير خلا بغير فعل احد •

٨١١٢ ـ وقال الشافعي ان افسدها الناس لم تحل وان فسدت بنفسها حلت • ولو نقلها من الشمس الى الظل ففيه وجهان •

٨١١٣ ـ وقد قال بعض الفقهاء : لا تحل ما لم ينقلب العصير خلا ، ولو كان ما قالوا صحيحا لكان خل العصير وخل العنب لا خل الخمر •

←

وابى ثور وداود اربعون وان عمده هؤلاء ان النبي (ص) لم يحد في ذلك حداً ، وانما كان يضرب فيها بين يديه ضربا غير محدود ، وان ابا بكر (ص) شـــاور اصحاب رســـول الله (ص) كم بلغ ضـــرب رسول الله (ص) لشرب الخمر ؟ فقدروه باربعين ، وروى عن ابى سعيد الخدري ان رسول الله (ص) ضرب في الخمر بنعلين اربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطا ، وروى من طريق آخر عن ابى سعيد الخدري ما هو اثبت من هذا ، وهو ان رسول الله (ص) ضرب في الخمر اربعين ، وروى هذا عن النبي (ص) من طريق اثبت ، وبه قال الشافعي •

فصـــل

لا حد إلا بشرب الخمر

٨١١٤ ـ ولا يجب الحد عند اصحابنا بشيء من المشروبات سوى الخمر ، ولا يوجبون الحد في شرب ما طبخ ولم يذهب الثلث منه ، واقل من ذلك وان كان محرما عندهم •

٨١١٥ ـ وقال الشافعي يحد ، وكذلك عندنا نقيع الزبيب ونبيذ العسل والدبس ونقيع التمر وان اشتد وغلا •

٨١١٦ ـ وكان ابو حنيفة لا يحرمه ، وكان ابو يوسف مرة يحرم كل ما لم يفسد في عشرة ايام ثم رجع وقال لا يحرم •

٨١١٧ ـ وكان محمد بن الحسن يكثر شربه ويقول ان شربه وتركه افضل من شربه وان لم يقل انه حرام ، ولا يحد بشرب شيء من ذلك حتى يسكر •

٨١١٨ ـ وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وهو قول حماد انه لا يجب الحد بشرب ما أبيح شربه قبل السكر •

فصـــل

الشربة المحرّمة

٨١١٩ ـ وقال ابو حنيفة اذا سكر فكل شيء شرب قبل ذلك فهو حلال ولا يحرم غير الشربة التي كان عندها السكر •

٨١٢٠ ـ وقال ابو يوسف يصير جميع ما شرب حراما ، وصار جلوسه للشرب حراما والمشي اليه حراما •

فصـــل

القعود للشرب

٨١٢١ ـ واجمعوا ان القعود للشرب وادارة الكأس فسق تزول به العدالة لانه فعل السفهاء •

فصـــل

حد السكر

٨١٢٢ ـ وحد السكر الذي يوجب الحد ان لا يعرف الرجل من المرأة ولا الارض من السماء • وقال أبو يوسف ان يكون اكثر كلام صاحبه التخليط • وقال بعضهم لا يقرأ السورة على الولا (كذا) وفيه خلاف كثير •

فصـــل

بيع الخمرة وشراؤها

٨١٢٣ ـ وقد اختلف في بيعه وشرائه وطلاقه وقذفه وهبة ماله وسائر عقوده وافعاله ، فمنهم من اجاز الجميع ومنهم من قال لا يجوز الجميع ومنهم من قال كل ما لا يعتبر فيه القصد والنية يجوز منه ويلزمه حكمه وما يعتبر فيه ذلك لا يجوز •

٨١٢٤ ـ وفي الاشربة كتب منفردة وفيها مجلدات في الكثرة وفيما روى في الاباحة والخطر وفي الذي ذكرت معرفة البعض الواقع •

واذا قد ذكرنا حكم المشروبات وقلنا ان في بعضها يجب الحد وفي البعض لا يجب وحب ان نذكر المأكولات ، وهل لها هذا الحكم ام لا •

كتاب الأطعمة

وهذا كتاب الأطعمة

٨١٢٥ ـ اعلم ان الكلام في المأكولات يحتاج اليه الحاكم ليعلم ما يجوز اكله ويصح بيعه ، ومنها ما يصح بيعه ولا يجوز اكله ، ومنها ما لا يجوز فيه الاكل ولا البيع .

فصـــل

٨١٢٦ ـ وجملة القول ان ليس من المأكولات ما يجب بأكله الحد ولا شرع فيه وان كان الشرع قد نهى عن أكله وغلظ التحريم فيه ، وانها بخلاف المشروبات في ذلك ، فان أمرها يقسم على قسمين .

فمنها ما يجب به الحد على شاربه سواء كان في ملكه أو ملك غيره ، وهذا كالخمر . وهذا قول جميع العلماء اذا كان الشارب لذلك مسلما مكلفا ، ولا يجب الحد على ذمي ولا صبي ولا مجنون ولا على مكره ولا مكره ولا آمر بذلك ، أو مشير به ونديم وحامل ولا بائع ولا مشتر وان اثموا بذلك ، وقد تقدم بيان حد الحر والعبد وانه على النصف فيما يتبعض من الحدود .

فصـــل
حد المأكول

١٨٢٧ ـ فاما المأكول فليس فيه حد الا حد السرقة على قول من يرى ان المأكول يجب بسرقته الحد وهو القطع ، وقد تقدم ذلك .

فصـــل

٨١٢٨ ـ وقد يستوى المأكول والمشروب في الفسق لمن فعل ذلك كمن أكل لحم الخنزير والميتة في غير حاله الضرورة . ويكفر المستحل

لذلك كما يكفر مستحل الخمر •

فصـــــل

ضمان إتلاف المأكول

٨١٢٩ ـ وكل مأكول يجب باتلافه الضمان ولا فرق بين ان يكون الملك فيه لمسلم أو ذمي ، وفي المشروب ما لا يجب بشربه الضمان وهو الخمر اذا كانت لمسلم ، وان كانت لذمي فاصحابنا قالوا يجب باتلافهـا الضمان على المسلم والذمي والصغير والكبير ، وقال الشافعي لا يجب الضمان على متلف خمر لذمي كانت أو لمسلم ، واختلف اصحابنا فيمن كسر على مسلم جرة فيها خمر أو شق عليه زقا ، فقال ابو يوسف لا يضمن الزق ولا الخمر •

وقال محمد يضمن الزق ولا يضمن الخمر ، وفرق اصحابنا بين المسلم والذمي ، فقالوا : الذمي اقر على تملكها فهي مال له والمسلم لم يقر على ذلك والضمان يتبع الاقرار على المال •

فصـــــل

إتلاف خنزير الذمي

٨١٣٠ ـ واختلفوا في الخنزير اذا اتلف على الذمي فمنهم من اوجب قيمته ومنهم من نفاه ، واتفقوا انه لا يضمن في حق المسلم بحال •

فصـــــل

٨١٣١ ـ ونحن نفصل مسائل المأكول ليعلم ذلك من الحيوان وغيره ، اتفق العلماء على تحريم الميتة اذا كان لها دم مسفوح الا عند الضرورة ، وكل الحيوان في ذلك سواء الا السمك والجراد فانهم اباحوا ذلك في حالة الاختيار •

فصـــــل

السمك الطافي

٨١٣٢ ـ وقال اصحابنا لا يحل مامات حتف انفه من السمك وهو الطافي •

٨١٣٣ ـ وقال الشافعي يحل ذلك وهو والمصطاد سواء في الاباحـة واذا لم يحل اكله عندنا لم يجز بيعه ، فاذا اختصم في الثمن الى الحاكم لم يقض به ، ولا يوجب على الآكل قيمة له ، وعنده يجب الثمن والقيمة عند التلف •

فصـــــل

ما له ناب أو مخلب

٨١٣٤ ـ وعندنا يحرم من الحيوان كل ماله ناب أو مخلب ولا يحل اكله • وقال مالك لا يحرم من الحيوان الا الميتة والدم ولحم الخنزير ، وما سوى ذلك فحلال •

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير[1] •

---

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (٢/٢٣٢) ابو حنيفة عن قتادة عن ابي قلابة عن ابن ثعلبة الخشني عن النبي (ص) انه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع أو مخلب من الطير • وروى ابو حنيفة هذا الحد ايضا عن مكحول الشامي عن ابى ثعلبة عن النبي (ص) (٢/٢٣٣ و ٢٣٤ من جامع مسانيد الامام) كما رواه من طرق اخرى • (ايضا) •

وفي بلوغ المـرام (ص٢٤٥ رقم ١١٣٤) عن ابى هريـرة (رض) عن النبي (ص) قال : كل ذي ناب من السباع فاكله حرام ، رواه مسلم واخرجه من حديث ابن عباس بلفظ نهى ، وزاد وكل ذي مخلب من الطير•

فصـــل

لحم الخيل

٨١٣٥ ـ وكره ابو حنيفة أكل لحم الخيل ، واجاز بيعها ، وقال ابو يوسف ومحمد لا يكره ذلك[١] ، واختلفوا عن ابي حنيفة في الكراهة فمنهم من قال كراهة تحريم ويأثم بالاكل ، ومنهم من قال فيه كراهة تنزيه • وقال به الشافعي ، لانه ذو حافر اهلي فهو كالبغل والحمار •

فصـــل

البغل والحمار الأهلي

٨١٣٦ ـ وقال اصحابنا والشافعي البغل والحمار الاهلي حرام خلاف مالك ، واتفقوا على اباحة حمار الوحش فاجاز جماعة ذلك ، وقال بشر بن غياث هو حرام كالاهلي • واتفق الجميع على جواز بيع الجميع من اباحه ومن حرمه •

فصـــل

لحم الفيل والقرد

٨١٣٧ ـ وقال اصحابنا اكل لحم الفيل حرام لانه ذو ناب وبيعه حلال وقالوا بيع القرد حرام واكل لحمه حرام •

فصـــل

الاضطرار إلى أكل الميتة

٨١٣٨ ـ ومن اضطر الى ميتة فانه يأكل ما يسد الرمق ولا يشبع ، وقال الشافعي يشبع في احد قوليه ، وان وجد طعام الغير وميتة اكل الميتة ،

---

(١) في بلوغ المرام (ص٢٤٥ رقم ١١٣٥) عن جابر (رض) قال : نهى رسول الله (ص) يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية واذن في لحوم الخيل • متفق عليه ، وفي لفظ للبخاري : ورخص •

وقال الشافعي يأكل الميتة ولا يأكل الصيد[1] • وقال زفر يأكل الصيد ، وهو احد قولي الشافعي •

فصـــل

بيع الفهد والسبع

٨١٣٩ ـ وقال اصحابنا بيع الفهد والسبع حلال واكلـه حرام ، والكلب مثل ذلك ، وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب ولا أكله ولـه في الاجارة وجهان •

فصـــل

الضبع والضب وابن آوى

٨١٤٠ ـ واجاز الشافعي بيع الضبع والضب وابن آوى واجاز كل ذلك ، ومن اصحابه من قال في ابن آوى وجهان •

فصـــل

حشرات الأرض

٨١٤١ ـ وسائر حشرات الارض لا يجوز اكلها عندنا ولا يجوز بيعها[2] كالحية والعقرب والدود والخنافس والعظاية[3] والسام أبرص

---

(١) وازن الفقهاء في هذه المسألة بين حق الغير وبين اضطرار المضطر الى حفظ نفسه وفاتهم ان ينظروا الى عامل آخر في الموضوع هو ان لحم الميتة مضر بالصحة وقد يصاب آكله بامراض أو تسمم ، وان له بالتالي عند الاضطرار ان يأكل مال الغير بقدر ما يسد الرمق على ان يدفع لصاحب المأكول قيمة ما أكل من ماله •

(٢) في عصرنا هذا ينبغي القول بجواز بيع الحشرات اذا تحقق بذلك غرض مشروع •

(٣) العظاءة والعظاية (بالفتح والكسر) دويبة ملساء اصغر من الجزدون تمشي مشيا سريعا ثم تقف • وهي انواع كثيرة جمعها عظـاء (بالكسر والفتح) وعظايا وعظايات (المنجد) •

والذباب والزنابير كلها • واجاز الشافعي بيع النحل منفردا عن الكورات وبيع دودة القز • وعندنا لا يجوز ذلك كما لا يجوز اكله •

فصـــل
الأنعام

٨١٤٢ ـ وكل ما وقع عليه اسم الانعام فهو حلال وبيعه جائز صغيرا كان أو كبيرا ، وهذا كالبقر والغنم والابل ولا نعلم خلافا في ذلك •

فصـــل
الصيد

٨١٤٣ ـ وكل ما وقع عليه اسم الصيد فمنقسم ، منه ما يجوز اكله ، وهو بقر الوحش والظباء والابل وكبش الجبل واليحمور[1] وما يتولد من ذلك •

فصـــل
الصيد الحرام

٨١٤٤ ـ ومنه ما هو حرام وهو الذئب والثعلب والسبع والنمر والفهد والببر[2] والسنور الاهلي والوحشي سواء في ذلك والدب واليربوع وابن عرس والضب من الحرام • ومالك المخالف في ذلك كله والشافعي في البعض •

فصـــل
الأرنب

٨١٤٥ ـ واجازوا اكل الارنب وبيعها •

---

(١) اليحمور الاحمر نوع من الايائل قصير الذنب لكل من قرنيه ثلاث شعب •

(٢) البَبْر والبَبِر • ج : ببور • نوع من السباع الهندية ، وهو ابيض البطن والجانبين ومخطط بخطوط سود (المنجد) •

فصـــــل

النسر والصقر إلخ

٨١٤٦ ـ وقالوا لا يؤكل النسر ولا الصقر ولا الباز ولا الباشق ولا الحداء ولا الشاهين ولا كل جارح يصيد وكرهوا أكل الرخم والحبارى والبوم و ...[١] والغداف . ورخص أبو حنيفة في العقعق وغراب الزرع، وكره أكل الابقع وتفصيل ذلك كثير .

فصـــــل

بيع حيوان البحر

٨١٤٧ ـ وقال اصحابنا جميع حيوان البحر وحيوان الماء يكره الا السمك فانه يؤكل الا الطافي وسائر انواع السمك والحبرى والمار ما هي وسائر انواعه[٢] ولا يؤكل من حيوان البحر غير ذلك كالسرطان والضفدع والرق والسلاحف .

وقال الشافعي : كل حيوان يؤكل مثله في البري يؤكل مثلـه في حيوان البحر وحيوان الماء ما كان مولده ومنشأة في البحر . فاما ما يعيش في الماء ويشب في البحر كالبط والكراكي والارز فليس من حيوان البحر .

فصـــــل

جنين البقرة الميت

٨١٤٨ ـ ومن ذبح بقرة أو شاة أو نحر ناقة فخرج منها جنين ميتا فانه لا يؤكل عند ابى حنيفة وزفر والحسن بن زياد . وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بأكله . وقال محمد اذا اشعر[٣] ، فان لم يكن اشعر فانه

---

(١) كلمة مبهمة في نسختي (ق) والمعهد .

(٢) كذا في نسخة (ق) ونسخة المعهد اشد ابهاما .

(٣) في بلوغ المرام (ص٢٤٩ رقم ١١٥٧) عن ابى سعيد الخدري (رض) قال : قال رسول الله (ص) ذكاة الجنين ذكاة امه . رواه احمد وصححه ابن حبان .

لا يؤكل . وقال الشافعي يؤكل .

٨١٤٩ - واتفق الجميع على انه اذا خرج حيا انـه لا يؤكل حتى يذكى لأن الذبح لم يحصل في الجنين وانما مات بسبب موت الام ، ولا يعلم فيه ايضا حياة سابقة ، والخبر[١] قال أبو حنيفة انما هو تعليم لنا كيف يذبح الجنين ويذكى . واذا لم يؤكل لم يجز بيعه كالميتة .

واذا قد ذكرنا ما يجوز ان يؤكل ويباع ولا يؤكل وما لا يباع ولا يؤكل بقي ان نذكر ما يجوز ان يؤكل ولا يباع ، وهذا يكون في الهدايا والضحايا ودم الاحرام .

---

(١) الظاهر ان يقصد بذلك ما ذكره (جامع مسانيد الامام ٢/٢٢٥) من ان الجنين الذي تذبح امه وهو في بطنها لا تكون ذكاته ذكاة امه ، وقد روى هذا الخبر ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ، واخرجه الامام محمد بن الحسن في الآثار ، فرواه عن الامام ابى حنيفة ، ثم قال محمد ولسنا نأخذ بهذا ، ويصير الجنين مذكى بذكاة امه ، واخذ ابو حنيفة بقول ابراهيم .

كتاب الضحايا

وهذا كتاب الضحايا[1]

٨١٥٠ ـ اعلم ان الكلام يقع في الاضحية في مواضـع منها الوجوب ومنها على من تجب ومنها في اي مكان تجب ومنها في اي حيوان تجب ، ومنها هل تجب بالشرع ام بالنذر ومنها زمان فعلها ، ومنها جواز الانتفاع بها ، ومنها هل يجوز ان يأكل منها ، ولها شعب وسائل •

فصـــــل
وجوبها بالشرع

٨١٥١ ـ فاما وجوبها بالشرع فقال أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد ومحمد بن الحسن انها واجبة ، وروى ذلك ايضا عن ابي يوسف •

٨١٥٢ ـ وقال ابو يوسف في الجوامع انها سنة مؤكدة ، وهو قول الشافعي وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام لابي بردة بن نيار[2] ، يجزيك ولا يجزى احدا بعدك ، وهذا لا يقال (الا) فيما لم يجب •

فصـــــل
على أهل اليسار

٨١٥٣ ـ وتجب على اهل اليسار فمن يملك مائتي درهم أو نصابا

---

(١) الأضحاه • ج : أضحى والأضحية والإضحية • ج : اضاحي : الضحية • يوم الاضحى هو يوم النحر (المنجد) •

(٢) ابو بردة بن نيار واسم ابى بردة هانىء من قضاعة وهو خال البراء بن عازب الانصاري (المعارف لابى قتيبة ، ص٣٢٦) ، وقد جاء في بداية المجتهد ١/٣٤٣ في كتاب الضحايا « قال ابو حنيفة الضحية واجبة على المقيمين في الامصـار الموسـرين ولا تجب على المسـافرين وخالفه صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا انها ليست بواجبة ، وروى عن مالك مثل قول ابى حنيفة • ولما أمر (ع) لابى بردة باعادة اضحيته اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب • ومذهب ابن عباس ان لا وجوب » (وانظر حديث ابن بردة في كتاب الضحايا من الموطأ ص٢٨٨، ط كتاب الشعب) •

يجب فيه الزكاة بعد منزله وخادمه وكسوته وثياب بدنه وما يتأثث به في منزلـه • لان من اوجبها يقول هذا شرط الوجوب ومن لم يوجبهـا لم يعتبر ذلك •

فصـــــل

على المقيمين

٨١٥٤ ـ ولا تجب الا على اهل الامصار والقرى والبوادي المقيمين دون المسافرين والحجاج ، وهكذا قال من اوجبها انها تجب ، وليس هذا شأن صلاة العيد عند من اوجبها •

فصـــــل

الذبح بعد الصلاة

٨١٥٥ ـ ويذبح في المصـر بعد الصـــلاة ولا يجزى من ذبح قبل الصلاة ، وفي السواد اذا اطلع الفجر • وقال الشافعي اذا مضى قدر صلاة النبي صلى الله عليه وسـلم فهو وقت الذبح • وقال مالك في الجميع بعد الفجـر •

فصـــــل

زمان الذبح

٨١٥٦ ـ وزمان فعلهـا فهو آخر يـوم النحر ويومان بعده عندنا ، والليل والنهار في ذلك سواء الى آخر يوم الثاني عشر ، واولها افضلها • وقال الشافعي يوم النحر وثلاثة ايام بعده ، وقولنا فروى عن ابن عباس وابن عمر وانس بن مالك وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير والحسـن وابراهيم ، والقياس لا يوجبه فيجب ان يكون مقبولاً من طريق التوقيف •

فصـــــل

التصدق بها بعد مضي الأيام

٨١٥٧ ـ وان اوجب شاة بعينها أو اشتراها ليضحي بها فمضت الايام

قبل ذبحها فانه يتصدق بها حية ولا يحبس منها شيئاً لانها لم تذبح فبلغ محلهـا • وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد •

٨١٥٨ – وقال الشافعي يذبحها • وقال الكرخي يجوز له ان يتصدق بقيمتها كما يتصدق بالقيمة فيما قلناه في الكفارة لانه انفع للفقراء •

صدق الفطر

فصـــــل

التصدق بخبز بر

٨١٥٩ – وقد اوجب اصحابنا اربعة ارطال خبز بر في صدقة الفطر لانه انفع للمساكين •

فصـــــل

التصدق باللحم

٨١٦٠ – ويجوز ان يتصدق باللحم لانه مقصود الايجاب ولا يجب ذلك عندنا ولا يتعين • وقال الشافعي يجب •

فصـــــل

عمن تجب صدقة الفطر

٨١٦١ – وتجب عن نفس الانسان وعن اولاده الصغار فحسب ولا تجب عن عبد ولا احد من عياله ولا ولده الكبير ، لانها تجب لأجل المال عن الاشخاص فهي كصدقة الفطر ، ولولا الاجماع لا وجبنا عن العبيد ايضا •

فصـــــل

عن ابن ابنه

٨١٦٢ – وقد روى الحسن بن زياد انه يضحي عن ابن ابنه اذا كان ابوه ميتا •

فصـــــل

هل يضحى من مال الصغير؟

٨١٦٣ ـ وان كان للصغير مال ضحى منه الاب والوصي عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٨١٦٤ ـ وقال زفر : لا يضحي من مال الصبي فان فعل فهو ضامن ، وكذا روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وزفر ، ومن ولد في ايام الاضحى ضحى عنه ، ومن مات فيها سقط عنه الاضحية عنه •

فصـــــل

مضى أيام الذبح

٨١٦٥ ـ وان مضت ايام الذبح سقطت الاضحية عنه ولا تسقط صدقة الفطر بمضي يوم الفطر ، وقال الحسن بن زياد يسقط الجميع •

فصـــــل

مراعاة موضع الذبح

٨١٦٦ ـ ويراعي في الاضحية موضع الذبح لا موضع المذبوح عنه ، وفي المال يراعى موضع المال في الزكاة •

فصـــــل

الذبح في المصر

٨١٦٧ ـ ولا يذبح في المصر اذا لم يصل الامام حتى منتصف النهار ، فاذا انتصف جاز له الذبح وان لم يصل الامام •

فصـــــل

ما يجوز من الأضاحي

٨١٦٨ ـ ولا يجوز في الاضاحي الا الابل والبقر والغنم ولا يجوز

ان يضحي بشيء من الحيوان سوى ما ذكرناه لان المرجع في ذلك الى الشرع وما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك .

فصـــل

سن الأضحية

٨١٦٩ ـ ولا يجوز الا بسن مخصوصة من كل نوع من ذلك ، على صفة مخصوصة في الخلقة ، فالمعتبر في السن الثنى من الابل والبقر والمعز وفي الجذع من الضأن خلاف رواية انه لا يجزى وفي الاخرى انه يجزى ، وكذلك الخلاف في الزكاة .

فصـــل

ثنى الإبل والبقر

٨١٧٠ ـ وثنى الابل هو الذي قد خرج من السنة الخامسة ودخل في السادسة ويجوز بما زاد على سن الثنى الى البازل ، وثنى البقر الذي له سنتان وقد دخل في الثالثة ، وثنى المعز الذي له سنة وقد دخل في الثانية ، والجذع هو الذي له زيادة على ستة اشهر .

فصـــل

العمياء والعرجاء والجرباء إلخ

٨١٧١ ـ ولا يجوز ان يضحي بعمياء ولا عرجاء لا تمشي الى المنسك ولا مقطوعة الاذنين أو الألية ولا الخرقاء[1] ولا الصماء ولا المريضة ولا

---

(١) في بلوغ المرام (ص٢٥٠ رقم ١١٦٢) عن البـَراء بن عازب(رض) قال : قام فينا رسول الله (ص) فقال : اربع لا تجوز في الضحايا : **العوراء البـيِّن عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء البين عرجها والكسير التي لا تـُنقِي** (اي لا نقي لها وهو المخ . وفيه دليل على ان العيب الخفيف في الضحايا عفو عنه) . رواه احمد والاربعة وصححه الترمذي وابن حبان . **والخرقاء من الغنم ان يكون في اذنها خرق أو ثقب مستدير (لسان العرب)** .

العوراء ، واعتبر اصحابنا ان يبقى من الاذن اكثر مما قطع منها في جواز ذلك وكذلك الالية والعين •

٨٢٧٢ ـ وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال استشرفوا العين والاذن •

فصــــل

صفات لا يعقل معناها

٨١٣٧ ـ واذ طريق (ما) ذكرناه التعبد والمصلحة جاز ان يعتبر صفات لا يعقل معناها •

فصــــل

في الأضاحي مسائل للحكم

٨١٧٤ ـ وانما ذكرنا هذه المعاني لجواز ان يوصي رجل باضحية أو يقر انه غصب اضحية غيره فيجب ان يعلم الحاكم ما يقضي به عند الاقرار وما يتقدم به عند الوصية فلهذا المعنى ذكرت الضحايا وحسن ذكرها في هذا الكتاب مع ان فيها مسائل للحكم فيها مدخل •

فصــــل

ما لا يجزى من الأضاحي

٨١٧٥ ـ ولا يجزى بقر الوحش في الضحايا ولا الضباء ، فان نزا ثور وحشي على بقرة اهلية فولدت منه أجزى الولد في الاضحية ، وتعتبر الام دون الآباء في الزكاة والاضحية •

٨١٧٦ ـ والشافعي يقول لا يجب في المتولد من الظباء والبقر الوحش زكاة ، ولا اعرف قوله في الاضحية ، والحنابلة يوجبون الزكاة في بقر الوحش ، ولا اعرف قولهم في الاضحية •

فصـــل

٨١٧٧ – وتجزى البقرة عن سبعة وكذلك البدنة اذا اشتركوا[١] ، ولا تجزى الشاة الا عن واحد ، ولا فرق بين ان تختلف جهات القرب في ذلك أو تتفق بعد ان يكون ذلك كله للقربة • وان كان فيهم من يريد اللحم لبيته أو ذمي فان ذلك لا يجزى لواحد من الجماعة عن الاضحية ولا عن الهدى • وان كان احدهم ميتا فهو كالحي عند ابي حنيفة ومحمد •

٨١٧٨ – وقال أبو يوسف هو كمن يريد اللحم لانها سقطت عنه •

٨١٧٩ – وقال زفر بن الهذيل متى اتفقت القرب جاز الاشتراك ، وان اختلف القرب لم يجز ، وقد نحر النبي صلى الله عليه وسلم مائة بدنة في حجة ، والواجب عليه البعض فلابد ان يكون الباقي تطوعا •

فصـــل

تعيب الأضحية

٨١٨٠ – ومن اوجب اضحية فدخلها عيب قبل يوم النحر فان (كان) موسرا لم تجزه وعليه بدلها وان معسرا اجزته لانه لا اضحية عليه •

---

(١) في بلوغ المرام (ص٢٥٠ – ٢٥١ رقم ١١٦٤) عن علي (رض) قال : امرنا رسول الله (ص) ان نستشرف العين والاذن ولا نضحى بعوراء ولا مقابَلَةٍ ولا مُدابَرَةٍ ولا خرقاء ولا ثرماء • اخرجه أحمد والاربعة وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم •

والاستشراف ههنا هو تامل السلامة من آفة تكون • والمقابلة ما قطع من طرف اذنها شيء وبقي معلقاً • والمدابرة ما قطع من مؤخر اذنها شيء ثم ترك معلقا • والخرقاء التي في اذنها ثقب مستدير • والثرماء التي سقطت ثنيتها •

وفي بلوغ المرام (ص٢٥١ رقم ١١٦٦) عن جابر بن عبدالله (رض) قال : نحرنا مع رسول الله (ص) عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة • رواه مسلم •

٨١٨١ ـ وقال الشافعي له ذبحها ، والخلاف في جواز بيعها وازالة الملك عنهـا بالنذر مـع ان عندنا ليس النذر يزيل الملك ولـه الابدال • وقال ابو يوسف والشافعي ليس له ذلك •

فصـــــل

ذبح أضحية غيره

٨١٨٢ ـ واذا ذبح الرجل اضحية بغير اذنه فالقياس انه يجب عليه الضمان ولا يجزيه وهو قول زفر ، والاستحـسان انه لا شيء عليه ويجزيه•

٨١٨٣ ـ وقال الشافعي يجزيه ويغرم نقصـان ما بين قيمتها حيـة ومذبوحة لانها اذا اجزت فكانه أمره بذلك •

فصـــــل

٨١٨٤ ـ واذا غلط الرجلان فذبح كل واحد اضحية صاحبه فانه يجزى كل واحد ذبح الآخر في الاستحسان لانـه يتم كل واحد قربـة الآخر ، والقياس انه فعل بغير ولاية ولا اذن فلم يجزه •

فصـــــل

تولي الذبح بنفسه

٨١٨٥ ـ ويجوز ان يتولى الذبح بنفسه وبغيره والمستحب ان يتولى ذلك بنفسه •

فصـــــل

تولية الذمي ذبح الأضحية

٨١٨٦ ـ وان ولاه رجلا من اهل الذمة نصرانيا أو يهوديا اجزاه ، وكره ذلك • لانه ليس كل واحد يحسن الذبح •

فصل

الانتفاع بلبن الأضحية وصوفها

٨١٨٧ - ولا يجوز ان ينتفع بلبنها ولا صوفها قبل الذبح فان اخذ ذلك تصدق به ، وله ان ينتفع بعد الذبح وكذلك هدية المتعة والقران •

٨١٨٨ - وقال الشافعي له ان ينتفع باللبن حال الحياة •

فصل

التصدق بثلث الأضحية

٨١٨٩ - والمستحب له ان يتصدق بالثلث من ضحيته • وقال في الاصل : وما احب ان يتصدق باقل من الثلث ، ولا شيء عليه اذا اكلها كلها •

٨١٩٠ - قال محمد عن ابي حنيفة انه كان لا يرى بأساً ان يطعم اضحيته ولا يأكل منها وله ان يطعم الغني والفقير جميعا •

فصل

جلد الأضحية

٨١٩١ - وقال اصحابنا لا يبيع جلدها ولا يعطيه بكراء جزارها ، ويجوز ان يتخذ منه ما ينتفع به في منزله مثل متاع البيت ، وان يتخذ منه ما يفرش فيه أو ينام عليه وان باعه بورق أو ثمن تصدق به ، والقياس فيه انه يجوز ان يشتري به ما يؤكل أو ينتفع به من متاع البيت •

فصل

ولد الأضحية

٨١٩٢ - وان ولدت الاضحية فانه يذبح مع امه ، فان باعه أو ذبحه واكله تصدق بقيمته •

٨١٩٣ ـ وهذه الجملة من عيون مسائل الاضحية • واذا قد ذكرنا ذلك وكان الصيد منه ما يجوز أكلــه وما لا يجوز وتقع المشـــاركة فيه والدعاوى في ملكه وجب ذكره[١] •

---

(١) الصيد من اسباب التملك ، فمناسبته مع الاضحية ضعيفة •

كتاب الصيد

فصـــل

مسائل الصيد

٨١٩٤ ـ اعلم ان الصيد يقع الكلام فيه والحاجة الى الحاكم والفقيه في معرفة الصيد وكيفية ذلك ونحن نفصـل ما يمكن من اصـول الكتاب والكلام في مواضع منها الصائد من هو ومنها صفة فعله في الصيد ، ومنهـا اعتبار الآلة التي يصيد بها ، ومنها الحالة التي يملك الصيد فيها ، ومنهـا ما يحل من الصيد وما يحرم منه ، ومنها الموضع الذي يباح فيه الصـيد ويحرم ومنها اعتبار الفعل الواقع فيه ، ومنها حكم الصـيد اذا انفلت من الصائد ومنها مشاركة من لا يحل صيده لمن يحل ، ومنها ما يلزم الصـائد ضمانه وما لا يلزمه ، ومنها حكم الصيد اذا ارسله الصائد من يده ، ومنها موت الصائد وما يورث عنه من الصيد وما لا يورث ، ومنها جواز بيع الصيد والتصرف فيه ، ومنها اختلاف الجماعة في الصيد ودعوى كل واحد انه له •

ويتعلق بهذه الجملة فصول كثيرة ويتفرع عليها من الفروع ويتقدمها من الاصول •

فصـــل

٨١٩٥ ـ اعلم ان الله تعالى اخبر في كتابه ان رسوله صلى الله عليه وسلم سئل عن اشياء فبينها وبين حكمها وسئل عن اشياء فلم يجب عنهـا اما لانه تعالى لم يطلعه على حكمها أو اطلعه على علمها ولكنه لم يأذن له في الجواب عنها لما في ذلك من الصلاح له ولغيره من الناس ونحن نذكر من ذلك عدة مواضع على مايسهل الله تعالى ويحضر حفظه في هذه الحال لان

في بعضها حكما يحتاج اليه الحاكم والعالم ان يعمل به ويفتي الغير به لان منها سؤال عنت سأله غير المؤمنين ومنها سؤال خاص سأله آحاد الناس ، ومنها سؤال عموم في الظاهر والمراد به الخصوص ومنها سؤال خاص والمراد به العموم •

فصــــل

الاستخبار والأخبار

٨١٩٦ ـ وكل سؤال فهو استخبار ، وكل جواب فهو اخبار ، والجواب اما ان يكون مطابقا للسؤال أو زائدا عليه أو ناقصا عنه أو عدولا الى غيره أو ضمن غيره اليه •

فصــــل

الآيات الواردة في السؤال

٨١٩٧ ـ فمن ذلك قوله تعالى (يسألك الناس عن الساعة)[١] •

وقال « يسألونك عن الساعة »[٢] كرر ذلك في عدة مواضع والجواب في جميعها محال الى علم الله ، تعالى فقال (انما علمها عند ربي)[٣] (ولعل الساعة قريب يستعجل بها الذين لا يؤمنون بها والذين آمنوا مشفقون منها)[٤] ولم يحد في ذلك حد ولا وقت ، وذكر تعالى لها علامات

---

(١) يسألك الناس عن الساعة قل انما علمها عند الله (الاحزاب ٣٣/٦٣) •

(٢) يسئلونك عن الساعة ايان مرساها قل انما علمها عند ربي لا يجليها لوقتها الا هو ، ثقلت في السموات والارض ، لا تاتيكم الا بغتة ، يسئلونك كأنك حفي عنها ، قل انما علمها عند الله ولكن اكثر الناس لا يعلمون • (الاعراف ٧/١٨٧) •

(٣) الاحزاب (٣٣/٦٣) •

(٤) الشورى (٤٢/١٨) •

بقوله (اذا السماء انشقت)[1] ، (واذا الشمس كورت)[2] ، (وجمع الشمس والقمر)[3] ، وتكون (الجبال كالعهن)[4] ، وذلك كثير ليس هذا موضعا له •

فصـــل

٨١٩٨ ـ ومن ذلك قوله تعالى (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه ؟ قل قتال فيه كبير)[5] فأجاب عما سئل وضم الى ذلك ما لم يسئل عنه فقال : **(وصد عن سبيل الله وكفر به) الآية** •

فصـــل

٨١٩٩ ـ ثم قال (ويسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس)[6] اخبر ان اثمهما اكبر من نفعهما ثم قال (ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو)[7] ، وقال (ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير)[8] ورخص لهم في المخالطة في اموالهم ، وقال (ويسألونك عن المحيض قل هو اذى فاعتزلوا النساء في المحيض)[9] امر بالاعتزال ونهى عن القرب وبين حكم الحيض انه اذى واباح الزوجة بعد الطهر من الحيض هذه اسئلة المؤمنين وطلب معرفة الدين •

---

(١) اذا السماء انشقت واذنت لربها وحقت (الانشقاق ١/٨٤) •

(٢) التكوير (١/٨١) •

(٣) المعارج (٩/٧٠) •

(٤) البقرة (٢/٢١٧) •

(٥) البقرة (٢/٢١٩) •

(٦) البقرة (٢/٢١٩) •

(٧) البقرة (٢/٢٢٠) •

(٨) البقرة (٢/٢٢٢) •

فصـــل

٨٢٠٠ ـ ومن ذلك قوله تعالى « يسألك اهل الكتاب ان تنزل عليهم كتابا من السماء فقد سألوا موسى اكبر من ذلك فقالوا ارنا الله جهرة »[١] وهذا سؤال عنت وما لاصلاح لهم فيه فلم يجابوا ونجوا .

فصـــل

السؤال عما أحل

٨٢٠١ ـ ومن ذلك ما نحن بسبيله نحو قوله تعالى « يسألونك ماذا احل لهم ؟ قل احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح ، مكلّبين تعلمونهن مما علمكم الله ، فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه واتقوا الله ان الله سريع الحساب »[٢] .

ثم قال « اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم »[٣] الآية .

فصـــل

دلال آية السؤال عما أحل

٨٢٠٢ ـ وفي الآية دلالة على عدة وجوه منها سؤال النبي صلى الله عليه وسلم عما يحل لهم في الجملة وما لا يحل لهم ، وطلبوا منه البيان ، وهذا من اسئلة المؤمنين ، وهو سؤال يشترك فيه كافة المؤمنين ولفظه لفظ عموم ، والظاهر من الأمر انه سؤال البعض منهم ، لانه يستحيل ان يقع السؤال من جماعة المؤمنين في حالة واحدة .

---

(١) النساء (٤/١٥٣) .

(٢) المائدة (٥/٤) .

(٣) المائدة (٥/٥) .

فصـــل

٨٢٠٣ ـ ومنها جوابه عن السؤال بالمجمل من القول لانه تعالى قال (احل لكم الطيبات) وهذه كلمة ظاهرها يقتضي ما يستطيعه الانسان من الطيبات ويهواه ، ولا يجوز ان يراد بالآية الجميع لانـه يدخل فيـه من المحرمات [محرمات] كثيرة فينبغي ان تحمل الآية على الحلال المطلق لان الطيب هو الحلال والحرام لا يوصف بالطيب بل هو الخبيث من الاشياء .

فصـــل

تعليم الجوارح

٨٢٠٤ ـ ومن ذلك قوله تعالى « وما علمتم من الجوارح » فاقتضت الآية اباحة تعليم الجوارح مكلبين ثم قال (تعلموهن مما علمكم الله) فاخبر عن الجوارح بانهـا تتعلم ما نعلمهـا واخبر بان ما فينا من العلم هو الذي علمناه ، وهذا خطاب المؤمنين خاصة ، لان السؤال وقع منهم ، فعلى هذا ينبغي ان يكون الصائد من المسلمين الذين يعقلون العلم ويصح منهم التعليم، وهذا يخرج منه الصبي الذي لا يعقل والمجنون والمغمى عليه والسكران فانهم لا يصح منهم الارسال ولا الزكاة لانهم لا يدخلون في الخطاب على ان من الناس من يقول لا تصح زكاة صبي وان كان يعقل الذبح والتسمية اذا لم يبلغ مبلغ الرجال .

فصـــل

صيد أهل الكتاب

٨٢٠٥ ـ واجمعوا على ان اهل الكتاب من اليهود والنصارى في الصيد والذبائح كالمسلمين وانهم بخلاف المجوس وعبدة الاوثان والمرتدين .

فصـــل

الجوارح

٨٢٠٦ ـ والجوارح فكل جارح له ناب من السباع ذوي الاربع وكل

ذي مخلب من الطير ويدخل في الجملة الاولى الكلب والفهد والنمر والسبع والذئب ان تعلم ذلك ، وقد ادخل اصحابنا في ذلك ابن عرس • رواه ابو يوسف •

٨٢٠٧ ـ وذو المخلب الباز والصقر والشاهين والباشق والعقاب والنسر ، وكل ذي مخلب اذا دعاه اجاب وان ارسله اخذ الصيد ، وهذه جملة لا خلاف فيها نعلمه •

وتعليم ذوات الاربع ان يمسك الصيد ولا يأكل منه شيئا ، ومتى يصير معلما ؟

٨٢٠٨ ـ قال ابو حنيفة : ان يقول اهل العلم بذلك انه قد تعلم • وقد روى عنه انه قال اذا ارسل على صيد فلم يأكل منه ثم ثانيا كذلك ثم ثالثا كذلك وكذا الرابع فهو معلم ، وهو قولهما في ذلك •

٨٢٠٩ ـ قال ابو حنيفة : انما لم يحد في ذلك حد لانه لا سبيل لنا الى ان الكلب قد صار معلما في الحقيقة •

لان ترك الصيد قد يكون لعبا من الجارح بالصيد فيجب ان يرجع الى غالب الظن الذي يقع عند الاجتهاد لانه الذي يمكن مع عدم العلم •

فصـــــل

٨٢١٠ ـ فاذا صار من عادته الترك وهذا انما يعتبر في ذوات الاربع فان أكل من الصيد فانه لا يؤكل عند اصحابنا جميعا • وهل يؤكل ما اخذه قبل ذلك ام لا ؟

٨٢١١ ـ قال ابو حنيفة يحرم الجميع ولا يؤكل من ذلك شيء ، وقال ابو يوسف ومحمد يؤكل ما كان قد صاد قبل ذلك •

٨٢١٢ ـ وللشافعي في تحريم ما اكل منه قولان في احدهما يجوز كما يجوز اكل الجارح من الطير والثاني لا يجوز واختاره المزني •

٨٢١٣ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : اذا ارسلت

كلبك المتعلم وسميت فيما اصاب من شيء فكل ، وان اكل فلا تأكل انما امسك على نفسه ، كذا قال ابن عباس وهو المروى في خبر عدي بن حاتم[1] ولان تعليم الكلب ترك الاكل ، والجوارح من الطير بالاكل لا يستويان (كذا) مع ذلك •

فصـــــل

٨٢١٤ ـ وما أكل الكلب من الصيد بعدما حصل في يد صاحبه فانه لا يحرم الصيد وهو على تعليمه ولا فرق بين ان يطعمـه المالك ذلك أو يأخذه بغير علمه بعد ان يكون حصل في يد المالك وكذلك ان اخذ من الصيد قطعة لحم فأكلها ثم تبعها واخذه فلم يأكل فهو على تعلمه •

واذا اكل من الصيد فانه لا يؤكل صيده حتى يرجع الى حالة التعلم لانه قد يحتمل ان يكون اكل من الصيد لجوع به أو لنسيان التعليم أو لانه لم يزل جاهلاً •

فصـــــل

صيد المحرم

٨٢١٥ ـ وما يصيبه المحرم من الصيد فانه لا يملكه ، وان ذبحه لم

---

(١) ورد هذا الحديث في بلوغ المرام (ص٢٤٧ رقم ١١٤٧) على النحو الآتي : عن عدي بن حاتم (رض) قال : قال لي رسول الله (ص) : اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه ، فان امسك عليك فادركته حيا فاذبحه، وان ادركته قد قتل ولم يأكل منه فكله ، وان وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تأكل فانك لا تدري ايهما قتله ، وان رميت سهمك فاذكر اسم الله ، فان غاب عنك يوما فلم تجد فيه الا اثر سهمك فكل ان شئت ، وان وجدته غريقا في الماء فلا تأكل • متفق عليه • وهذا لفظ مسلم • وانظر ايضا جامع مسانيد الامام (٢/٢٣٦) وفيه « ابو حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير عن ابن عباس انه قال : كل ما امسك عليك كلبك اذا كان معلما اذا قتل ولم يأكل ، فاذا أكل فلا تأكل ، فانما امسك على نفسه » •

يحل اكله لانه ممنوع من الصيد لصفة هو عليها من جهة الدين فهو كالمرتد وكذلك فما صاده الحلال في الحرم فهو مثل ذلك لأنه عليه السلام قال : ولا ينفر صيدها[١] كما قال الله تعالى في المحرم لا تقتلوا الصيد وانتم حرم[٢] .

٨٢١٦ ـ وللشافعي في ذكاة المحرم وجواز اكل الصيد قولان ، لانه محرم عليه من جهة الدين ، وقد دلت الآية على وجوب التسمية لانه قال فكلوا مما ذكر اسم الله عليه ، ودليل الآية انه لا يأكل مما ترك التسمية عليه .

فصل

التسمية عند الإرسال

٨٢١٧ ـ وعندنا التسمية واجبة على الذبيحة وعند ارسال الجارح على الصيد ، وعند رمي الحيوان ، ان ترك ذلك عامدا لم تؤكل الذبيحة ولا الصيد ، وان ترك ذلك ناسيا اكل ذلك .

٨٢١٨ ـ وقال ابو الحسن الكرخي رحمه الله ، المراد بالنسيان ، انما هو عدم العلم بالتسمية لا التشاغل عنها فيصير كالآدمي في الصلاة . وعلى هذا تستوى المسائل كلها وترك الاركان في الصلاة .

٨٢١٩ ـ وقال مالك بن انس لا يؤكل بحال وان كان ناسيا .

---

(١) اخرج الطبراني في الكبير عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله (ص) يقول : احلت لي مكة ساعة من نهار ، ولا تحل لأحد من بعدي ، وهي حرام بحرمة الله الى يوم القيامة ، لا يعضد شجرها ، ولا يختلى خلاها ولا ينفر صيدها ، ولا تلتقط لقطها الا لمنشدها ، قالوا الا الاذخر فانه لقيننا وبيوتنا ، قال الا الأذخر ، وفي المفردات للراغب الاصفهاني : الاذخر حشيشة طيبة الريح .

قال الهيثمي وفيه محمد بن القاسم وهو ضعيف .

(٢) المائدة (٥/٩٥) .

٨٢٢٠ ـ وقال الشافعي يؤكل في الحالين •

٨٢٢١ ـ وقال اصحابنا ان ذلك ميتة ولا يجوز بيع ذلك وان حكم حاكم نقض حكمه لانه خلاف النص المقطوع به •

فصـــل

القصد إلى الصيد

٨٢٢٢ ـ ولابد للصائد من قصد الى الصيد بالارسال أو الرمي ليصح ان يكون قد حكم له بالشرائط التي ذكرنا •

فصـــل

٨٢٢٣ ـ وان وقع في حجره ويديه من غير قصد الى اخذه ملكه لانه مباح حصل في يديه فهو كالماء يأخذه من العين •

فصـــل

آلة الصيد

٨٢٢٤ ـ واما الآلة التي يصيد بها منها الجوارح ومنها السهام ومنها المعراض[1] ومنها البندق فكل حيوان ادرك ذكاته وقدر على ذلك منه فلا عبرة بجميع ما تقدم تلك الحالة من فعل الجارح والكلب والسهم المعراض وحكمه حكم الشاة في جواز اكله اذا زكي وحصلت الزكاة الشرعية فيه وسنذكر ذلك في بابه ان شاء الله تعالى •

فصـــل

٨٢٢٥ ـ وما لم يقدر على زكاته من ذلك فانك تعتبر في جواز اكله ان

---

(١) المعراض خشبة ثقيلة أو عصا في طرفها حديدة وقد تكون بغير حديدة • (بلوغ المرام ص٢٤٧ هامش ١) •

يجرحه الجارح أو السهم أو الآلة فاذا لم يجرح فهو وقيذ[1] اذا مات من الصدمة وغيرها في الرواية المشهورة عن اصحابنا •

٨٢٢٦ – وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال اذا مات من فعل الجارح فلا بأس به •

٨٢٢٧ – وللشافعي قولان : لأن الجارح ما جرح وقيل في الوجه لرواية الحسن ان الجارح هو المتسبب ، ولهذا قال الله تعالى (ويعلم ما جرحتم بالنهار)[2] •

فصـــــل

٨٢٢٨ – ومن ارسل كلبه المعلم وسمى وزجره[3] مجوسى أو مرتد أو محرم أو من لا تجوز زكاته ثم زجره مسلم وسمى أو كتابى فانزجر لزجره واخذ الصيد وقتله فانه لا يؤكل لان المعتبر الارسال دون غيره لان التسمية تقع عليه فاذا صح لم يضره ما كان بعده كما لو ذكاه المسلم حل •

---

(١) الاصل في ذلك ما روى عن عدي بن حاتم (رض) قال : سـألت رسول الله (ص) عن صيد المعراض ؟ فقال : اذا اصبت بحده فكل ، واذا اصبت بعَرْضه فقُتل فانه وقيذ فلا تأكل • رواه البخاري • (بلوغ المرام ، ص٢٤٧ رقم ١١٤٨ ، وجـامع مسـانيد الامام ٢/٢٣٩) • وفي المفردات للراغب الاصفهاني : ان الموقوذة هي المقتولة بالضرب •

(٢) الانعام (٦/٦٠) •

(٣) الزجر طرد بصوت ، يقال زجرته فانزجر ، قال (فانما هي زاجرة واحدة) ثم يستعمل في الطرد تارة وفي الصـوت اخرى ، وقولـه (فالزاجرات زجراً) اي الملائكة التي تزجر السحاب • وقوله (ما فيـه مزدجر) اي طرد ومنع عن ارتكاب المآثم ، وقال (وازدُجر) اي طرد ، واستعمال الزجر فيه لصياحهم بالمطرود ، نحو ان يقال اعزب وتنح ووراءك (المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني) •

فصـــل

٩٢٢٩ ـ ولو عاون الكلب كلب مجوسي أو مرتد أو كلب لم يسم عليه فانه اذا اخذه الكلب لا يؤكل لانه شاركه في الزكاة من لا تحل زكاته .

فصـــل

٨٢٣٠ ـ وكل ما اخذه الجارح والكلب من الصيد من فوزه فانه يؤكل اذا اخذ واحدا بعد واحد وكذلك الرمية اذا اصابت عدة صيود فمثل ذلك •

فصـــل

عدول الكلب وتشاغله

٨٢٣١ ـ واذا عدل الكلب عن الصيد يمنة أو يسرة وتشاغل بغير طلب الصيد ومر على سمته[1] ذلك ثم اصاب صيدا فاخذه وقتله لم يؤكل الا ان يرسله دفعة اخرى او يزجره فينزجر فيحل ، والريح اذا عدلت بالسهم عن سمته فهو كالكلب اذا عدل عن الصيد ، وكذلك اذا اصاب حائطا أو شجرة فردته على الصيد فانه لا يؤكل •

فصـــل

٨٢٣٢ ـ ولو حملت الريح السهم في ذهابه وطيرته في سمته فان حكم الرمي باق ويؤكل ما اصاب ولا نعلم خلافا في ذلك •

فصـــل

٨٢٣٣ ـ والرجلان اذا رميا صيداً فاصابه السهمان معا فمات فانه لهما

---

(١) السمت حسن النحو في مذهب الدين والفعل سمت يسمت سمتا وانه لحسن السَمْت اي حسن القصد والمذهب في دينه ودنياه ، والسمت اتباع الحق والهدى وحسن الجوار وقلة الاذية والطريق والقصد•

ويؤكل ان كانا ممن يباح صيد كل واحد منهما على الأنفراد لانه خرج من فعلهما من حيز التوحش والصيد فينبغي ان يملك ذلك •

فصــــل

٨٢٣٤ ـ ولو اصابه سهم احدهما فرقده ثم اصابه سهم الآخر فقتله فانه يؤكل في قول ابى حنيفة وابي يوسف والحسن بن زياد •

٨٢٣٥ ـ وقال زفر لا يؤكل لان السهم الثاني اصابه وهو غير صيد • وهم يقولون لان السهم الثاني ارسل وهو صيد •

فصــــل

٨٢٣٦ ـ ولو وقع احد السهمين به قبل الآخر فهو للذي يسهمه اولا •

فصــــل

٨٢٣٧ ـ ولو رمى احدهما فاصاب الصيد فاخرجه من حال الصيد ثم رمى الآخر فاصابه ثم مات من الرميتين جميعا فهو للاول ولا يؤكل ويضمن الرامي الثاني للاول نصف قيمته حيا ونصف قيمته لحما ذكيا ، لانه صار للاول الذي اثخنه فهو كسائر املاكه فلم يكن للثاني ان يرميه فيجب ان يضمن ارش الجراحة التي حصلت برميه فيضمن ما اتلف من ذلك وقد تلف بفعله وفعل الاول فيجب ان تضمن نصف قيمته حيا وبه الجراحة الثانية والاولى •

فصــــل

٨٢٣٨ ـ وان مات من الاولى اكل وضمن الرامي ارش الجراحة حسب وبه الجراحة الاولى ، وان مات من الثانية لم يؤكل وضمن الثاني قيمته حيا وبه الجراحة الاولى ، لانه تلف بما ليس بذكاة فيضمن ما صار من اتلافه[1] •

---

(١) في نسخة (ق) ما صادف اتلافه وفي نسخة المعهد ما صارب •

فصـــل
اليد الحكمية

٨٢٣٩ ـ والصيد ملك لمن جرحه أو وقع في شبكه اذا لم يقدر على الذهاب منها لان الشبكة يده عليها ثابتة من طريق الحكم فيكون لصاحبها ، فان اخذه انسان من الشبكة وجب عليه ضمانه لصاحب الشبكة .

فصـــل

٨٢٤٠ ـ وقد تقدم بيان ما يحل ويحرم من الحيوان في الاطعمة .

فصـــل

٨٢٤١ ـ وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال : (ما أبين من حيى فهو ميت) .

٨٢٤٢ ـ واتفق العلماء على انه لو قطع يد الشاة أو أليتها ان ذلك ميتة لا تؤكل .

فصـــل

٨٢٤٣ ـ والصيد اذا قطعه نصفين فانه يؤكل جميع النصفين وان قطع منه عضوا فانه يأكل الجميع الا العضو الذي قطع ، الا ان يكون معلقا بجلده .

٨٢٤٤ ـ وعن ابي يوسف انه قال اذا كان ما يلي الرأس اكثر اكل ما يلي الرأس وترك الآخر .

٨٢٤٥ ـ وقال الشافعي يؤكل الجميع .

فصـــل
صيد البحر

٨٢٤٦ ـ وصيد البحر كله مباح لسائر الناس ، ولا فرق بين الذمي والمرتد وسائر من قلنا لا يباح صيده وقد مضى ذلك كله .

فصـــل

صيد البر

٨٢٤٧ ـ وصيد البر ينقسم فيباح للحلال الا في الحرم وقد مضى ذلك ، ولابد من فعل مجرح يقع في الصيد اذا كان بريا •

فصـــل

الصيد المنفلت

٨٢٤٨ ـ والصيد اذا انفلت من الصائد ولحق بالوحش لم يَزُل ملك مالكه عنه عندنا • وقال مالك يزول الملك •

٨٢٤٩ ـ واتفق الجميع على ان عبده لو لحق بالدار لم يزل الملك بالاباق ، وقالوا لو استقى قربة من دجلة ثم اهرقها ان ملكه يزول عن ذلك•

فصـــل

٨٢٥٠ ـ ومشاركة من لا يحل صيده لمن يحل يجعل الجميع محظورا ولا فرق بين ان يقع[1] الفعل بالصائد أو بالآلة كالظفر والسن اذا لم ينزع وان كان منزوعا حل عندنا •

٨٢٥١ ـ وقال الشافعي تحل الزكاة به •

فصـــل

صيد المحرم في الحل

٨٢٥٢ ـ والمحرم اذا صاد صيدا في الحل فعليه قيمته عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٨٢٥٣ ـ وقال محمد والشافعي يجب النظير من النعم ، وان قتله في

(١) في نسخة (ق) : يقطع •

الحرم فالقياس ان يلزمه جزاءان واحد لاجل الاحــرام والآخر لاجل الحرم •

٨٢٥٤ ـ وهو قول زفر والاستحسان ان عليه جزاء واحدا لان حرمة الحرم لا تظهر في حق المحرم في الصيد •

فصـــل

٨٢٥٥ ـ ويضمن الحلال صيد الحرم •

فصـــل

٨٢٥٦ ـ ويضمن في الصيد المملوك الجزاء والقيمة عندنا ، وقال مالك والمزني لا يضمن الجزاء اذا ضمن القيمة •

فصـــل

٨٢٥٧ ـ ويضمن ما ارسله المحرم من يده من الصيد لانه لم يَزُل ملكه عنه بالارسال ، وان ارسله مرسل من يديه فعليه الضــمان عند ابي حنيفـة •

٨٢٥٨ ـ وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يضمن لانه فعل ما هو واجب عليه •

فصـــل

موت الصائد وفي شبكه صيد

٨٢٥٩ ـ ومن مات وفي شبكه صيد قد وقع فيه أو اثخن صيدا بسهمه فهو له ولورثته من بعده ويورث ما ملكه من الصيد لانه مال له اخذه •

فصـــل

٨٢٦٠ ـ ويجوز ان يبيع ما ملكه من الصيد ، ولا خلاف في ذلك •

فصـــــل

٨٢٦١ ـ والخلاف في الصيد كالخلاف في سائر الأملاك اما ان يكون في ايديهما أو في يد ثالث فان كان في ايديهما فهو لهما بالسوية وهو لمن اقام البينة ، فان تساويا قسم كما يقتسم بالدعوى وسنفرد بابا لمثل هـــذه الدعوى ان شاء الله • واذا قد تكلمنا في حكم الصيد وما يحل منه وما يحرم وجب ان نذكر الذكاة[١] كيف هي •

(١) الذكا والذكاة : الذبح •

كتاب الذبائح والذكاة

٨٢٦٢ - وهذا باب الذبائح والذكاة المشروعة في الحيوان ان يكون في الحلق واللبة[1] • ولا فرق بين اعلاه واسفله ووسطه لقوله عليه السلام : (الذكاة في الحلق واللبة) وهو عام •

فصـــــل

٨٢٦٣ - واذا مـــات الحيـــوان بعدما قطـــع الاكثـــر من الحلقوم والودجين[2] والمريء يحل اكله ولا يحل اذا مات قبل ذلك وكان الكرخي يقول ان هذه المسئلة محمولة على ان المراد بقوله الاكثر يعني الاكثر من كل واحد منها فاما ان يقطع الثلث ولا يقطع واحدا فانه لا يجوز ، وظاهر ما في الكتب ان القطع اذا كان في ثلاث حل •

٨٢٦٤ - وقد روى عن ابي يوسف انه قال لابد من قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين لان الحيوان لا يبقى بعد قطع اكثر ذلك اكثر من بقاء المذبوح •

وقال ابو يوسف الحلقوم هو مجرى النفس والمريء[3] مجرى الطعام

---

(١) اللبة وسط الصدر والمَنْحر والجمع لبات ولباب عن ثعلب ، واللبب كاللبة وهو موضع القلادة من الصدر من كل شيء والجمع الألباب (لسان العرب) •

(٢) الودج والوداج عرق في العنق وهما ودجان ، وفي المحكم الودجان عرقان متصلان من الرأس الى السَّحْر والجمع اوداج (لسان العرب) • والسَّحْر : الرئة •

(٣) جاء في لسان العرب في مادة مرأ : المريء مجرى الطعام والشراب وهو رأس المعدة والكرش اللاصـــق بالحلقوم الـــذي يجرى فيه الطعـــام والشراب ويدخل منه ، والجمع امرئة ومُرُؤ مهموزة بوزن فزع مثل سرير وســـرر •

والودجان مجرى الدم واحدهما يقوم مقام الآخر ، وما سوى ذلك لا يقوم مقام صاحبه •

فصـــــل

ذبح الشاة من قبل القفا

٨٢٦٥ ـ وان ذبح الشاة من قبل القفا فقطع الاكثر من هذه الاشياء قبل الموت حلت ، وهذا الفعل مكروه ، وكذلك ان ضرب الحيوان بالسيف ، فان أبان رأسه حل ، وكذلك اذا ذبح لغير القبلة فانه يكره لانه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان اذا ذبح استقبل بوجهه القبلة ، وقال لفاطمة رضي الله عنها : قومي الى نسكك واستقبلي به القبلة واذبحي وقولي (ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين) وقولي (بسم الله الرحمن الرحيم) وانما جاز مع المخالفة لانها عبادة لا تبطل بالكلام فصارت كالصوم •

فصـــــل

الذبح والنحر

٨٢٦٦ ـ والسنة في الشاة والبقرة الذبح ، وفي الابل النحر[١] فان ذبح الابل ونحر البقرة كره ذلك واجزاه في الاكل لان نحر البقرة اشق وذبحها اسهل • وقد روى عنه عليه السلام اذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة[٢] •

---

(١) النحر موضع القلادة من الصدر ، نحرته اصبت نحره ، ومنه نحر البعير (المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني) •

(٢) في بلوغ المرام (ص٢٤٨ رقم ١١٥٦) عن شداد بن اوس (رض) قال : قال رسول الله (ص) ان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فاذا قتلتم فاحسنوا القِتْلة ، واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة ، وليُحِدَّ احدكم شَفْرته وليُرح ذبيحته ، رواه مسلم وفيه ايضا (ص٢٤٨ رقم ١١٥٥) عن جابر ابن عبدالله (رض) قال : نهى رسول الله ان يُقتل شيء من الدواب صَبْراً • رواه مسلم •

فصـــل

٨٢٦٧ ـ واذا ذبح عددا من الحيوان لم تجزه التسـمية للاولى فيما بعدها من الذبائح ، ويعتبر في كل حيوان التسمية عندنا وقد مضت المسئلة •

فصـــل

سمى وأطال الحديث

٨٢٦٨ ـ واذا سمى واطال الحديث أو تشاغل عنها بحد السكين وغيره لم يجزه لان ذلك شرع على الذبيحة ، وان ذلك اذا طـال خرج الامر عما قصد •

فصـــل

ما يجزي عن التسمية

٨٢٦٩ ـ وان قال مكان التسمية ، الحمد لله أو سـبحان الله يريد التسمية اجزاه ، كما يجوز في ابتداء الصلاة كل لفظ يقصد به التعظيم ، وان اراد التحميد دون التسـمية لم يجزه لان الذكر يختلف باختـلاف المقاصد فاذا قصد غير الذبيحة بقيت بغير ذكر فلا يجوز •

فصـــل

النخع

٨٢٧٠ ـ ويكره ان ينخع اي يبلغ بالسكين الى النخاع لان فيه زيادة ألم وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه •

٨٢٧١ ـ فان فعل ذلك لم يحرم لانه قطع العروق التي شـرط قطعهـا •

فصـــل

٨٢٢٧ ـ ويكره ان يجرها الى مذبحها أو يحد الشفره بعدما اضجعها، لانه تعذيب للحيوان •

فصـــل

إسم غير الله

٨٢٧٣ ـ ويكره ان يذكر مع اسم الله اسم غيره •

وقال الشافعي لا يكره ذكر النبي صلى الله عليه وسلم لقوله عليه السلام ، ثلاثة مواضع لا اذكر فيها عند ابتداء الصلاة وعند الذبيحة وسقط عني الثالث ، والذي روى انه ذكر اسم الله مع اسمه فيحتمل انه ذكره قبل الذبح لا على وجه التسمية وعندنا يجوز قبل الذبح وبعده •

فصـــل

٨٢٧٤ ـ والمسلم والكتابي والصبي الذي يعقل والنســاء في الذبح سواء ، واهل الذمة والحربي سواء في ذلك لانه فعل ما يجب في الزكاة •

فصـــل

٨٢٧٥ ـ واذا كان احد ابوي الصبي كتابياً والآخر مجوسيا أو وثنيا حلت ذبيحته •

٨٢٧٦ ـ وقال الشافعي لا تحل ، لانة على حكم الفطرة ولم يوجد شرط المنع فيه •

فصـــل

ذبح الأخرس

٨٢٧٧ ـ وذبح الاخرس حلال ، لانه عاجز عن الذكر كالصلاة •

فصـــل

ما أدرك ذكاته

٨٢٧٨ ـ وما ادرك ذكاته من المتردية والنطيحة وما اكل السبع فانـه يؤكل لقوله ، الا ما ذكيتم وذبح ذلك على اي وجه قدر عليه ، لان الذبح اذا وجد مع الحياة حل عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٨٢٧٩ ـ وقد روى عن محمد انه قال ان كان قد بلغ بحيث لا يعيش اكثر من نصف النهار فانه لا يحل وان كان يبقى اكثر من ذلك حل •

فصـــل

النطيحة

٨٢٨٠ ـ والنطيحة هي التي تموت بالتناطح والموقوذة هي المضروبة بالعصا حتى تموت وهكذا كانت الجاهلية تفعل ، وما ذبح على النصب فان المشركين كانوا ينصبون شيئاً من الحجر فيذبحون عليه لآلهتم(١) •

فصـــل

المتردية

٨٢٨١ ـ والمتردية ما تردى من الجبل •

---

(١) في المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني ان النصـب كذلك ، وانها ايضا كانت حجاره تعبد ، ونصب الشيء وضعه وضـعا ناتئاً كنصب الرمح والبناء والحجر ، والنّصيب الحجارة تنصب على الشيء وجمعه نصائب ونُصُب •• (كأنهم الى نصب يوفضون) قال : (وما ذبح على النصب) وقديقال في جمعه انصاب •

فصــــل

الأزلام[1]

٨٢٨٢ ـ والازلام نوع من القمار ، ولما كان القمار محرما بالشـرع وجب ان نذكر هل هو في كل باب ثابت أو في شيء بعينه ؟ وهذا يقتضي ان نذكر السبق والرمي .

---

(١) الزَّلَم . ج ازلام ، السهم لا ريش عليه . وكان العرب يستقسمون بالازلام في الجاهلية (المنجد) .

باب السبق والرمي

وهذا باب السبق والرمي

٨٢٨٣ ـ اعلم ان المسابقة بالخيل امر ورد الشرع باباحته وفعله النبي صلى الله عليه وسلم ٠

٨٢٨٤ ـ وقد روى عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضمر الخيل[1] فارسلها من الحفياء ، وما كان غير مضمر ارسله من ثنية الوداع الى مسجد بني زُريق[*] ٠

٨٢٨٥ ـ وروى انه عليه الصلاة والسلام اجرى المضمرة من الخيل الى ثنيـة الوداع وأجرى ما لم يضـمر من ثنيـة الوداع الى مسـجد بني زريق[2] ٠

فصـــــل

السبق المباح

٨٢٨٦ ـ والسباق يكون بالخيل والابل ٠

---

(١) في كتاب المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني : الضامر من الفرس الخفيف اللحم من الاعمال لا من الهزال ٠ قال (وعلى كل ضامر) يقال ضَمَرَ ضـمورا ، واضـطمر فهو مضطمر ، وضمرته انا ، والمضمار الموضع الذي يضمر فيه ٠

(*) عن ابن عمر (رض) قال : سابق النبي (ص) بالخيل التي قد ضُمِّرت من الحفياء وكان امدها ثَنِيّه الوداع ، وسابق بين الخيل التي لم تُضَمَّر من الثنية الى مسجد بني زريق ٠ وكان ابن عمر فيمن سابق ٠ متفق عليه ، وزاد البخاري : قال سفيان : من الحفياء الى ثنية الوداع خمسة أميال أو ستة ، ومن الثنية الى مسجد بني زريق ميل ٠ (بلوغ المرام ، ص٢٤٣ رقم ١١٢٩) ، وفي معجم ما استعجم : الحفياء موضع قرب المدينة ٠

(٢) أصل السَّبْق التقدم في السير نحو (والسـابقات سَبْقا) ←

والرمي[1] بالسهام لما روى ابو هريرة انه عليه السلام قال : (لا سَبَق الا في خُف أو حافر أو نَصْل ، أو حافر)[2] .

٨٢٨٧ - وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من ادخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن ان يُسْبَق فلا بأس به ، وان أمِن فهو قمار)[3] .

٨٢٨٨ - فما روى عنه عليه السلام انه قال : « ان الملائكة لا تحضر شيئاً من امركم هذا سوى رمى ورهان » يعنى رهان الخيل .

٨٢٨٩ - وقال ابن المسيب لا بأس بان يكون بين الرجلين محلل يغنم ولا يغرم في السبق .

فصـــــل

الجعل

٨٢٩٠ - واذا ارادا ان يسبقا بين فرسين أخرج احدهما جعلا معلوما ولم يخرج الآخر شيئاً على انه ان كان صاحب الجعل هو المسبق فالجعل

والاستباق التسابق ، قال : (انا ذهبنا نستبق ، واستبقا الباب) ثم يتجوز به في غيره من التقدم ، قال (ما سبقونا اليه ، سبقت من ربك) اي نفذت وتقدمت ، ويستعار السبق لاحراز الفضل والتبريز ، وعلى ذلك (والسابقون السابقون) اي المتقدمون الى ثواب الله وجنته بالاعمال الصالحة . (الراغب الاصفهاني . المفردات) .

(١) يقال رمى في الاعيان كالسهم والحجر نحو (وما رميت اذ رميت ولكن الله رمى) ويقال في المقال كناية عن الشتم كالقذف ، نحو (والذين يرمون ازواجهم ، يرمون المحصنات) .

(٢) بلوغ المرام (ص٢٤٤ رقم ١١٣١ وراويه ابو هريرة) . رواه احمد والثلاثة وصححه ابن حبّان .

(٣) راوية ابى هريرة (رض) عن النبي (ص) ، رواه احمد وابو داود واسناده ضعيف (بلوغ المرام ص٢٤٤ و ١١٣٢) .

للسابق وان كان سابقا لم يؤخذ الجعل منه فهذا هو الرهان المباح •

فصـــل

ما يعد من السبق قماراً

٨٢٩١ ـ وان اخرج كل واحد منها جعلا على انه من سبق أخذ جعل صاحبه فهذا هو القمار وهو حرام بالكتاب والسنة •

فصـــل

المحلل أيضاً

٨٢٩٢ ـ فان ارادا ان يفعلا ذلك ويحل لهمـا فليدخلا بينهما آخر يكون بين فرسيهما ولا يخرج جعلا فيقولان له ، ان سـبقتنا جميعا فلك الجعلان واينا سبقته فلك جعله واينا سبق صاحبه اخذ جعله فذلك حلال جائز وليس هذا الفعل بقمار لان القمار انما هو ان سبقتني فخذ جعلي وان سبقتك فلي جعلك ولا يكون على ذلك حالة ثالثة وفي المحلل حدث حالـة ثالثـة •

فصـــل

المسابقة على الأقدام

٨٢٩٣ ـ قال أبو حنيفة لا تجوز المسابقة على الاقدام •

٨٢٩٤ ـ وروى هشام بن عبدالله الرازي[1] عن محمد انه جوز ذلك •

---

(١) هشام بن عبدالله الرازي تفقه على ابى يوسف ومحمد ، ومات محمد في منزله بالري ودفن في مقبرته ، وله النوادر وصلاه الاثر (الفوائد البهية ، ص٢٢٣) •

فصـــل

الصراع

٨٢٩٥ ـ وقال اصحابنا لا يجوز الصراع •

٨٢٩٦ ـ وقال بعض اصحاب الشافعي يجوز لقوله عليه السـلام : لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل •

فصـــل

السبق بين البغال والحمير

٨٢٩٧ ـ ولا يجوز السبق بين البغال ولا بين الحمير لانه لا يدرك بها هارب ولا يظفر على طالب وليست مما يقاتل عليه •

فصـــل

اختلافهما في الحيلة

٨٢٩٨ ـ وادخال المحلل بين الفرسـين دليل على اباحـة الحيلة • وقد اختلف ابو يوسف ومحمد في الحيلة في ابطال الشفعة والتوصل الى اسقاط الزكاة والتحرز عن الربا فمنهم من اجاز ومنهم من كره •

٨٢٩٩ ـ وقد روى في حديث ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اتاه ساعيه بتمر خيبر يعنى جنيباً[١] من خيبر فقال : اكل تمر خيبر هكذا ؟ فقال لا ولكنا نبيع الصاعين من الجمع[٢] بالصاع من هذا •

---

(١) جـَنيب بزنة عظيم ، وهو الطيب وقيل الصليب ، وقيل الذي اخرج منه حشفه ورديئة ، وقيل هو الذي لا يختلط بغيره (سبل السلام ٣٨/٣) •

(٢) هو التمر الرديء وقد فسر الجمع في رواية مسلم بانه الخلط من التمر ، ومعناه مجموع من انواع مختلفة (سبل السلام ٣٨/٣) •

٨٣٠٠ ـ فقال عليه السلام بيعوا تمركم بثمن واشتروا به هذا ، وكذلك الميزان[1] فبهذا احتج ابو يوسف واذا قد ذكرنا حكم هذه الاقوال وماله مالك معين فبقي ذكر ما يجده الانسان مما اصله مباح ويكون عليه اثر سبق اليد اليه كالباز الذي فيه جلجل والطير الذي فيه قلادة والذهب والفضة المضروبة ، وهذا يقتضي ان نذكر ذلك •

---

(١) في سبل السلام (٣/٣٨) عن أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما ان رسول الله (ص) استعمل رجلا اسمه سَوَاد بن غَزِية بزنة عطية ، وهو من الانصار على خيبر فجاء بتمر جنيب ، فقال رسول الله (ص) أكلّ تمر خيبر هكذا ؟

فقال : لا والله يا رسول الله ، انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة •

فقال النبي (ص) : لا تفعل ، بع الجَمْع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا ، وقال في الميزان مثل ذلك • متفق عليه • وكذلك في الميزان ••• وقوله : وقال في الميزان مثل ذلك ، اي قال فيما كان يوزن اذا بيع بجنسه مثل ما قال في المكيل انه لا يباع متفاضلا ، واذا اريد مثل ذلك بيع بالدراهم وشرى ما يراد بها ، والاجماع قائم على ان لا فرق بين المكيل والموزون في ذلك الحكم •

كتاب اللقطة

وهذا كتاب اللقطة[1]

٨٣٠١ ـ اعلم انه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في اللقطة اعرف عفاصها ووكاءَها وعرفها حولا[2] ٠

---

(١) في لسان العرب في مادة لقط : اللقط اخذ الشيء من الارض لقطه يلقطه لقطا والتقطه : اخذه من الارض ٠ قال الليث : واللُّقْطَة بتسكين القاف اسم الشيء الذي تجده ملقي فتأخذه ، وكذلك المنبوذ من الصبيان لُقْطة ٠ واما اللُّقَطَة بفتح القاف فهو الرجل اللقاط يتبع اللُّقْطات يلتقطها ٠

قال ابن برى : وهذا هو الصواب لأن الفُعْلة للمفعول كالضُّحْكة والفُعَلة للفاعل كالضُّحَكة ٠

قال الازهري : وكلام العرب الفصحاء غير ما قال الليث في اللُقْطة واللقَطَة ٠

وروى أبو عبيد عن الاصمعي والاحمر قالا : هي اللُّقَطة والقُعَعة والنُّفَقة مثقّلات كلها ٠ قال : وهذا قول حذاق النحويين لم اسمع لُقْطة لغير الليث ٠ وهكذا رواه المحدثون عن ابى عبيد انه قال في حديث النبي (ص) انه سئل عن اللقَطة فقال : احفظ عِفاصها ووِكائها ٠

واما الصبي المنبود يجده انسان فهو اللقيط عند العرب ، فقيل بمعنى مفعول ، والذي يأخذ الصبي أو الشيء الساقط يقال له الملتقط ٠

(٢) في بلوغ المرام (ص١٢٧ رقم ٨٩٨) عن زيد بن خالد الجُهَني (رض) قال : جاء رجل الى النبي (ص) فسأله عن اللقَطَة فقال : « أعرِفْ عِفاصها ووكاءها ثم عَرّفها سنة ، فان جاء صاحبها والا فشأنك بها » ٠

قل : فضالة الغنم ؟

قال : هي لك او لأخيك أو للذئب ٠

قال : فضالة الابل ؟

←

٨٣٠٢ ـ واختلف في معرفة ما عرف كما ذكر ذلك فمن العلماء من قال يعرف ذلك حتى لا يختلط بماله ، ومنهم من قال حتى اذا وصف له وغلب على ظن المخبر جاز له الدفع ، ومنهم من قال حتى يجب عليه الدفع .

فصـــــل

٨٣٠٣ ـ والكلام يقع في مواضع منها في جواز اخذها في الجملة ومنها كيفية الاخذ ومنها صفة الآخذ ومنها الموضع الذي تؤخذ فيه ، ومنها جواز التصرف فيها ونقلها الى غير موضعها ، ومنها قدر تعريفها من المدة ومنهـا جواز تملكها ، ومنها جواز دفعها الى من عرفها ، ومنها وجوب ضمانها ومنها معرفة قدرها ومنها جواز التصرف فيها ، ومنها قيام البينة وتشتمل هذه الجملة على فصول .

فصـــــل

أخذ اللقطة

٨٣٠٤ ـ اختلف اصحابنا في جواز اخذها فمنهم من قال المستحب له ان لا يأخذها ، ومنهم من قال المستحب له اخذها لصاحبها .

٨٣٠٥ ـ وللشافعي قولان قاله المزني عنه لا احب له تركها ، وقال في

قال : مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشـجر حتى يلقاها ربها . متفق عليه . أهـ .

والعِفاص هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة ان كان من جلد أو خرقة أو غير ذلك وخص بعضهم به نفقة الراعي ، وهو من العفص من الثنى والعطف ، ولهذا سمى الجلد الذي تَلْبسه رأس القارورة العِفاص لأنه كالوعاء لها ، وكذلك غلافها ، وليس هذا بالصِمَام الذي يدخل في فم القارورة لتكون سِدادا لها .

اما الوِكاء فهو كل سَيْر أو خيط يشد به فم السِّقاء أو الوعاء ، وقد اوكيته بالوكاء ايكاء اذا شددته . (لسان العرب) .

الأم لا يجوز له تركها لانها امانة كالوديعة ، ومن اصحابه من قال ان كانت في موضع لا يخاف عليها لامانة اهلها لم يجب الاخذ ، وان كانت في موضع يخاف قلة امانة اهله وجب الاخذ .

فصـــــل

عدم وجوب الأخذ

٨٣٠٦ ـ واتفق الجميع على انه اذا لم يأخذها فهلكت انه لا ضـمان عليه ، وهذا يدل على ان الاخذ لا يجب .

فصـــــل

الإشهاد عند الأخذ

٨٣٠٧ ـ ويجب الاشهاد عند اخذها انه اخذها ليعرفها وليردها عـلى صاحبها عند ابي حنفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجب الاشهاد .

٨٣٠٨ ـ واذا ترك الاشهاد ضـمن عند ابي حنيفة لان الظاهر انـه أخذها لنفسه ، وبالشهادة يزيل الظاهر .

٨٣٠٩ ـ وقال ابو يوسف لا يضمن كالوديعة لان اخذها جائز ولم يتعد فيها ، ولاصحاب الشافعي في الشهادة ووجوب الضمان بتركه وجهان كالخلاف عندنا .

فصـــــل

الإشهاد في اللقيط

٨٣١٠ ـ ومن اصحاب الشافعي من فرق بين اللقطة وبين اللقيط ، فقال في اللقيط يجب الاشهاد لانه يراد لحفظ النسب .

فصـــــل

٨٣١١ ـ ولا يجب عليه التعريف عندنا .

٨٣١٢ ـ وقال الشافعي ان أراد التملك وجب التعريف وان كان لا يريده لم يجب التعريف •

٨٣١٣ ـ ومنهم من قال ان كان لها قدر يجوز ان يرجع صاحبها يطلبها لزمه ان يعرفها •

٨٣١٤ ـ وهل يجوز ان يعرفها سنة متفرقة ؟

قالوا فيه وجهان احدهما لا يجوز ، ومتى قطع استأنف ، والثاني يجوز لان اسم السنة يقع عليها •

فصـــل

كيفية التعريف

٨٣١٥ ـ والتعريف يكون في الاسواق والجوامع وحيث يجتمع الناس لان المقصود بذلك يحصل ولا يحصل بالخلوة •

فصـــل

صيغة التعريف

٨٣١٦ ـ وهو بالخيار ان شاء قال : من ضاع منه شيء فليقم وان شاء قال : من ضاع منه شيء كذا وذكر الجنس •

فصـــل

ما يذكر في التعريف

٨٣١٧ ـ وان ذكر الجنس والصفة والقدر والوكاء والعفاص وهو الوعاء الذي تحفظ فيه (لم يضمن) ولاصحاب الشافعي وجهان احدهما يضمن لانه لا يؤمن ان يحفظ ذلك ويدفعه الى من يوجب الدفع عليه بالعلامة والثاني لا يضمن ، لانه لا يجب الدفع •

فصـــل

أجرة النداء

٨٣١٨ ـ وان لم يجد من يتطوع بالنداء فالاجرة عـلى الملتقط عند اصحاب الشافعي ، وعندنا لا يجب عليه ذلك ، بل يعرف ذلك بنفسه بحسب الامكان •

فصـــل

لقطة الحرم وغيره

٨٣١٩ ـ وعندنا سائر البقاع والبلاد في ذلك سواء •

٨٣٢٠ ـ وقال الشافعي لقطة الحرم لا تؤخذ ويدعها مكانها ، ومن اصحابه من قال يجوز مثل قولنا •

فصـــل

تعريف اللقطة اليسيرة

٨٣٢١ ـ وان كانت اللقطة يسيرة عرفها اذا كانت عشرة دراهم ثلاثة ايام الى ما يراه من ذلك وان كانت اكثر من ذلك عرفها اكثر من ذلك وان كانت نصابا عرفها سنة •

٨٣٢٢ ـ وقال اصحاب الشافعي ان كانت لقمة أو تمرة لم تعرف ، وان كانت مما يطلبه صاحبة ففيه اوجه ، منها انه يعرف القليل والكثير ، وهو ظاهر النص والثاني لا يعرف الا دينارا والثالث يعرف ما تقطع فيه يد السارق ولا يعرف ما دونه •

فصـــل

متى تدخل في ملك الملتقط؟

٨٣٢٣ ـ واذا لم يجد صاحبها بعد التعريف فانها لا تدخل في ملكه ،

وقال الشافعي تدخل في ملكه بالتعريف ، لانه ضال فلا يملكه بالتعريف كسائر الاحوال •

فصل

٨٣٢٤ ـ ولا يملكها عندنا باختيار التمليك •

٨٣٢٥ ـ وقال الشافعي يملك ، ومنهم من قال فيه وجهان آخران احدهما انه يملك بمجرد النية والثاني يملك بالتصرف •

فصل

حضور صاحب اللقطة

٨٣٢٦ ـ واذا حضر صاحبها فله اخذها في جميع الاحوال ولا يملك عليه بغير فعله ، وقال اصحاب الشافعي ان كانت العين باقية ولم يتملكها ولا نوى ملكها ردها بزيادتها المتصلة والمنفصلة ، وان كانت هالكة لم يلزم الملتقط ضمانها •

فصل

٨٣٢٧ ـ وان حضر بعد ما ملكها فان كانت باقية وجب ردها ، وان كانت تالفة وجب عليه بدلها وقال الكرابيسي من اصحابنا لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها ، وهذا (هو) الوجه كما ترى •

فصل

٨٣٢٨ ـ وقالوا لو كانت العين باقية فقال الملتقط انا اعطيك البدل لم يجبر المالك على قبوله لانه لا يمكنه الرجوع الى عين ماله •

٨٣٢٩ ـ قالوا وان حضر وقد باعها الملتقط وبينهما خيار ففيه وجهان احدهما يفسخ البيع والثاني لا يفسخ •

فصـــــل

حضور من يدعي اللقطة

٨٣٣٠ ـ وان حضر من يدعيها ووصفها وغلب على ظنه انه المالك جاز الدفع ولا يجب عليه ، وقال مالك يجب الدفع ، وان دفع ثم حضر رجل واقام البينة انها له اخذها لانه احق من الوصف •

فصـــــل

٨٣٣١ ـ وان كانت تالفة فله ان يضـــمن الملتقط لانه دفع مال الغير بغير حق •

فصـــــل

٨٣٣٢ ـ واذا ضمن الملتقط فانه يرجع على من دفع العين اليـــه بما لزمه من الضمان ان كان لم يقر له بالعين ، وان كان قد اقر له بذلك لم يرجع عليه •

فصـــــل

استواء الحيوان وغيره في جواز الالتقاط

٨٣٣٣ ـ والحيوان وغير الحيوان في جواز الالتقاط سواء •

٨٣٣٤ ـ وقال الشافعي ضاله الابل وما يجرى مجراها مما يحمى نفسه لا يجوز اخذه ، ومن اصحابه من فرق بين ما هو قريب من المصر وبين ما هو في المفازة ، وفرق بين الصغار والكبار •

٨٣٣٥ ـ ومنهم من فرق بين السلطان وغيره فاجاز للسلطان الالتقاط ولم يجز للعوام •

فصــــل

نفقة اللقطة

٨٣٣٦ ـ وما ينفقه الملتقط على اللقطة بغير فرض القاضي فهو مقطوع به ، وللحاكم ان يبيع ذلك ويحفظ ثمنه ، وله ان يؤجر الدابة والعبد وينفق عليه من اجرته ، وليس للملتقط ان يبيع العين عندنا ومن اصحاب الشافعي من قال له ذلك ، لانه لا ولاية له ولا اذن فلم يجز بيعه •

فصــــل

لقطة العبد الصغير

٨٣٣٧ ـ وقد قال الشافعي في لقطة العبد الصغير الذي لا يميز انــه كالغنم يعرفه حولا ثم يملكه وان كانت جارية لا تميز فان كان لا يحل له وطؤها جاز للملتقط التمليك ، وان كانت [تحل] لم يجز له ان يلتقطها للتمليك كما لا يجوز ان يعرفها •

فصــــل

لقطة الشواء والماء

٨٣٣٨ ـ وقالوا لو وجد شواء وماء لا يبقى فهو بالخيار بين ان يأكله ويغرم البدل وبين ان يبيعه ويحفظ ثمنه •

٨٣٣٩ ـ وقال المزني يلزمه البيع ولا يجوز لــه الأكل كما قالوا ، والاول اصح •

فصــــل

هل للعبد ومن إليه الالتقاط؟

٨٣٤٠ ـ والعبد والمكاتب والمدبر وام الولد والحر والبالغ والصغير الذي يعقل كلهم سواء في اللقطة عندنا •

رقم الايداع في المكتبة الوطنية ببغداد ١١١٨ لسنة ١٩٧٣
١٩/١٠٠٠/٣١/١٢/١٩٧٣

روضة القضاة وطريق النجاة

للعلامة أبي القاسم علي بن محمد بن احمد الرحبي السمناني

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المحامي

الدكتور صلاح الدين الناهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقاً)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

الجزء الرابع

مؤسسة الرسالة
بيروت

دار الفرقان
عمان

الطبعة الثانية
١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م



للنشر والتوزيع
عمان / الاردن / جبل الحسين شارع خالد بن الوليد
ص.ب. ٠ ٩٢١٥٣٦ - تلفون : ٦٦٠٩٣٧



مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ ٢٤١٦٩٢ - ٢٩٥٥٠١
ص.ب (٧٤٦٠) برقياً: بيوشران ٠

٨٣٤١ ـ وللشافعي قولان احدهما له الالتقاط والثاني ليس له ذلك •

فصـــــل

هل للذمي الالتقاط؟

٨٣٤٢ ـ والمسلم والذمي في ذلك سواء ، وقال اصحاب الشافعي في الذمي وجهان ، ولهم في تخريج المذهب على العبد والمكاتب والمعتق بعضه ووجوب الضمان وملك المولى تفصيل تطول كتابته فلا معنى لذكره لانه ربما لم يوجد ، وانما ذكرنا الواقع من ذلك •

فصـــــل

٨٣٣٤ ـ وان ردها الى الموقع الذي اخذها منه بريء من الضمان ، وقال الشافعي لا يبرأ ، وقد ذكرنا حكم المال ووجب ان تذكر حكم الانسان•

كتاب اللقيط

وهذا كتاب اللقيط[1] .

٨٣٤٤ ـ قال اصحابنا : واذا وجد اللقيط في قرية ليس فيها مسلم فادعاه رجل انه ابنه فهو ابنه ، واختلفت الرواية في الكتب فقال في كتاب اللقيط ان العبرة بالمكان ، فان كان مكان اهل الذمة فهو ذمي وان كان مكان الاسلام فهو مسلم ولا عبرة بواجده وفي رواية ابن سماعة يكون على دين الواجد .

٨٣٤٥ ـ وقال في كتاب الدعوى ايهما كان مسلما فهو مسلم لان الظاهر من موضع اهل الذمة انه ذمي وان جاز ان يكون منهم مسلم ، كما ان من في دار الاسلام مسلم ومن في دار الحرب كافر .

فصل

حرية اللقيط

٨٣٤٦ ـ واللقيط حر في اي موضع وجد لان الأصل في الناس الحرية والرق طارىء على كل حر من الكفار .

فصل

ثياب اللقيط وحِليه

٨٣٤٧ ـ وقال اصحابنا ان كان عليه ثياب أو حلي أو هو على فرس أو دابة أو فراش فهو له ، لان الظاهر ان من في يده شيء فهو له .

---

(١) اللقيط : الصبي المنبود يجده انسان ويقال له اللقطة ايضا ، كما قال الليث . واللقيط في قول عامة الفقهاء حر لا ولاء عليه لاحد ، ولا يرثه ملتقطه (لسان العرب) .

فصـــــل

٨٣٤٨ ـ ولم يذكر اصحابنا اذا وجد في دار ليس فيها غيره ، وقال اصحاب الشافعي تكون الدار له لانه حر فكان ما في يديه له •

فصـــــل

٨٣٤٩ ـ وان كان على بعد منه مال أو فرس مربوط لم يكن لـه ، لانه لا يد له عليه •

فصـــــل

٨٣٥٠ ـ وان كان بالقرب منه وليس هناك غيره فلم اره لاصحابنا •

٨٣٥١ ـ وقال اصحاب الشافعي فيه وجهان احدهما ليس له لانـه لا يد له والثاني انه له لان انسانا قد ترك ماله بقربه فاذا لم يكن هناك احد فالظاهر انه له •

فصـــــل

٨٣٥٢ ـ واذا وجد في بلد من بلدان المسلمين فهو مسلم ، لانه اجتمع له حكم الدار وحكم الاسلام ، وان كان في بلد الكفار ولا مسلم فيه فهو كافر لان الظاهر انه ولد من كافرين ، وهذا على الرواية التي يعتبر (فيها) المكان خاصة وان كان في المكان مسلم فلاصحاب الشافعي وجهان احدهما انه مسلم تغليبا لحكم المسلمين ، والثاني انه كافر تغليبا لحكم الدار •

فصـــــل

ذمي يدعي بنوة لقيط

٨٣٥٣ ـ وعندنا اذا التقطه ذمي وادعى انه ابنه وهو في دار الاسلام فهو ابنـه استحسانا ، والقياس ان لا يكون ابنـه ويكون مسـلما عندنا في

الاستحسان والقياس جميعا ، لان الظاهر انه في الدار وانما قبلنا دعواه لان في ذلك نفع للصبي وهو الحضانة والنفقة عليه فقبل ذلك ولا يكون كافرا ، لان في ذلك مضرة له •

فصـــــل

نفقة اللقيط

٨٣٥٤ ـ ونفقة اللقيط في بيت المال ، لانه احد فقراء المسلمين •

فصـــــل

٨٣٥٥ ـ وان كان معه مال كانت نفقته في ماله كالبالغ •

فصـــــل

٨٣٥٦ ـ ولا يجوز للملتقط ان ينفق عليه من ماله بغير اذن الحاكم ، فان انفق عليه من ماله بغير اذنه ضمنه ، لانه لا ولاية له عليه •

فصـــــل

إقراره في يد الملتقط

٨٣٥٧ ـ ويقر في يد الملتقط اذا كان امينا ، كذا فعل عمر بن الخطاب رضى الله عنه[١] •

فصـــــل

٨٣٥٨ ـ واذا فوض الى الملتقط ان ينفق عليه مما وجده معه فذلك جائز عندنا ، وهو قول الشافعي في كتاب اللقيط •

٨٣٥٩ ـ وقال في كتاب اللقطة : اذا انفق الواجد على الضالة ليرجع به لم يجز حتى يدفعها الى الحاكم ، ثم يدفع الحاكم اليه ما ينفق عليها ، فمن اصحابه من جعل المسئلة على قولين وسوى المسألتين ومنهم من حمل كل مسألة على ظاهرها •

---

(١) يراجع باب القضاء في المنبوذ من الموطأ (ط : الشعب ص ٤٦٠) ومنه ان عمر بن الخطاب أقر رجلا صالحا على أخذ منبوذ وقال له « اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته » •

فصـــل

٨٣٦٠ ـ فان لم يكن حاكم فانفق من غير اشهاد ضمن وان اشهد فلم ار لاصحابنا هذا الفرع •

٨٣٦١ ـ وقال الشافعي فيه قولين احدهما يضمن لانه لا ولاية له كما لو كان الحاكم موجودا ، وهذا يجب ان يكون قولنا ، والثاني لا يضمن لانه موضع ضرورة •

فصـــل

٨٣٦٢ ـ وقال اصحاب الشافعي ان كان باذن السيد وهو من اهل الالتقاط جاز ، وان كان بغير اذنه لم يقر في يده لانه لا يقدر على حضانته مع خدمته السيد •

فصـــل

٨٣٦٣ ـ وان التقطه كافر نظرت فان كان الملتقط محكوما باسلامه لم يقر في يده لان الكفالة ولاية وان كان محكوما بكفره اقر في يده لانــه على دينــه •

فصـــل

الملتقط الفاسق

٨٣٦٤ ـ وان كان الملتقط فاسـقا لم يقر في يده لانــه لا يؤمن ان يسترقه ، وعندنا يستظهر عليه •

٨٣٦٥ ـ وقد قال اصحاب الشافعي ان كان يريد السفر به من التقطه فان اختبر امانته في الباطن والظاهر جــاز ، وان لم يختبر لم يقر في يده لانه لا يؤمن ان يسترقه اذا سافر به ، قالوا ولا ينقله الى البدو لانه ينقله من الري الى العطش والى موضع الجفا ، وقد جاء في الاثر من بدا جفا •

فصـــل

الخروج باللقيط

٨٣٦٦ ـ وان اراد ان يخرج به الى بلد آخر وهو امين فمنهم من جوز ذلك وهو الظاهر من المذهب ، ومنهم من قال لا يجوز •

فصـــل

٨٣٦٧ ـ وقال اصحاب الشافعي ان كان الملتقط فقيرا ففيه وجهان : احدهما يقر في يده والثاني ان لا يقر •

فصـــل

ادعاه غير الذي هو في يده

٨٣٦٨ ـ وان ادعاه رجل غير الذي هو في يده انه ابنه فهو ابنه استحسانا ولا يسلم اليه ، لان فيه منفعة له ويد الملتقط ليست بيد ثابتة عليه •

فصـــل

ادعاه رجلان

٨٣٦٩ ـ وان ادعاه رجلان كل واحد يقول انا التقطته ولا بينة لهما اقر في ايديهما جميعا •

٨٣٧٠ ـ وقال الشافعي يقره السلطان في يد من يرى منهما •

فصـــل

٨٣٧١ ـ وان كان في يد احدهما فالقول قوله مع يمينه لان اليد تشهد له •

فصـــل

٨٣٧٢ ـ وقال الشافعي ان كان في يديهما تحالفا فان حلفا او نكلا

صارا كالملتقطين يقرع بينهما أو يقره الحاكم في يد احدهما •

فصـــــل

ادعاه كافر

٨٣٧٣ ـ واذا ادعاه كافر فهو مسلم عندنا •

٨٣٧٤ ـ وقال الشافعي في كتاب الدعوى : اجعله مسلما ومن اصحابه من قال ان اقام البينة حكم بكفره قولا واحدا ، وان لم يقم بينة ففيه قولان احدهما يحكم بكفره لان بثبوت بينته فقد ولد على فراشه والثاني مثل قولنا لانا حكمنا باسلامه بالدار •

فصـــــل

٨٣٧٥ ـ وان ادعته امرأة لم تصدق على ذلك ، وان ادعته من زوج وصدقها فهو ابنها ولاصحاب الشافعي ثلاثة اوجه في دعوى المرأة ، احدهما تقبل كما تقبل في الرجل والثاني لا تقبل مثل قولنا ، لانه يمكن اقامة البينة على الولاد والثالث ان كانت فراشا لرجل لم يقبل قولها ، وان كانت غير فراش لاحد قبل •

فصـــــل

إذا ادعى اللقيط رجلان

٨٣٧٦ ـ وان ادعى اللقيط رجلان فهو ابنهما •

٨٣٧٧ ـ وقال الشافعي يعرض على القافة وهم بنو مدلج من كنانة[1] ،

---

(١) في جامع السيرة (لابن حزم ص١٠٣) ان النبي (ص) وادع بني مدلج في غزوة العُشَيْرة ، وفي كتاب المحبر للسكري (ص ١١٠) انه (ص) وادع في غزوة ذات العُشيرة بني مدلج وحلفاءهم من بني ضمرة وكتب لهم كتابا ورجع لثمان بقين من جمادى الآخرة ولم يلق كيداً • وفي لسان العرب : المدلج القنفذ لانه يدلج ليلته جمعاء اي يسير ، ومدلج ابو بطن ومدلج بضم الميم قبيلة من كنانة ومنهم القافة •

وهل يكون القائف من غيرهم ؟ نفيه وجهان احدهما يكون والآخر لا يكون ؟

٨٣٧٨ ـ والقول بالقافة عندنا محرم ، ولا يجوز الرجوع اليه بحال ، ولا يجوز اقل من اثنين في احد الوجهين لهم ، وتفريعهم في القافة مضطرب ، ولا يستقيم على اصل ما روى في الباب ، لانه لا يجوز ان يكون عبدا عندهم ولا امرأة ، واذا لم يكن قافه أو اشكل عليهم اذا لحقوه بهما جميعا ترك حتى يكبر وينتسب الى ايهما شاء ، لانه تعذر العمل بقول القافه فرجعوا الى غير القافه •

فصل

إذا ادعى رق اللقيط

٨٣٧٩ ـ ومن ادعى رق اللقيط لم يقبل بغير بينة لان ظاهر الدار حرية اهلها •

فصل

حكم اللقيط في موته إلخ

٨٣٨٠ ـ وحكم اللقيط في موته والصلاة عليه ودفنه حكم سائر المسلمين •

فصل

٨٣٨١ ـ واذا بلغ وتزوج ثم اقر بالرق فانه يقبل ولا تفسخ عقوده ، وقال الشافعي تفسخ في احد قوليه ، وفي الآخر لا تفسخ مثل قولنا •

فصـــــل

دعوى الرقيق الحرية

٨٣٨٢ ـ واذا صدقه رجل بعد البلوغ وادعى انه عبده ، وقال اللقيط انا حر فقد قال بعض اصحابنا القول قول اللقيط •

٨٣٨٣ ـ وقال بعضهم لا يقام الحد حتى يقيم بينة بالحرية لان الظاهر يدفع دعوى الغير ولا يستحق به على الغير شيء •

٨٣٨٤ ـ وللشافعي في ذلك قولان ، مثل ذلك •

فصـــــل

٨٣٨٥ ـ واذا ادعى رقبة رجل فانكر فالقول قوله ولا يمين عليه ، ومن اصحاب الشافعي من قال يحلف بناء على جواز اقراره بالرق •

فصـــــل

٨٣٨٦ ـ وان اقر لرجل فكذبه ثم اقر لآخر بعد ذلك فمنهم من قال لا يجوز ومنهم من قال يجوز كما لو اقر بمال لرجل ثم اقر به لآخر •

فصـــــل

ادعاه رجلان فوصف أحدهما علامة ببدنه

٨٣٨٧ ـ واذا ادعاه رجلان فوصف احدهما علامة بدنه فانه يكون احق به عندنا ، وقال الشافعي لا يرجع بذلك •

فصـــــل

ادعاه حر وعبد

٨٣٨٨ ـ وان ادعاه حر وعبد فالحر اولى عندنا •

فصـــل

ادعاه أب وابن

٨٣٨٩ ـ وان ادعاه اب وابن فهو للاب ، وروى الطحاوي عن بكار بن قتيبة[1] في مختصره انه يكون بينهما وهو قول زفر •

واذا قد ذكرنا حكم اللقطة واللقيط وجب ان نذكر حكم العبد اذا وجده خارج المصر أو في المصر •

---

(١) هو بكار بن قتيبة بن اسد بن ابى بردعة الثقفي البكراوي القاضي البصري ، كان مولده بالبصرة سنة اثنتين وثمانين ومائة وتفقه على هلال الرأي من اصحاب ابى يوسف وزفر ، وروى عنه الطحاوي وبه انتفع وتخرج ، وكان افقه اهل زمانه في المذهب الحنفي •

صنف : ١ ـ كتاب الشروط ، ٢ ـ وكتاب المحاضر والسجلات ، ٣ ـ وكتاب الوثائق والعهود ، ٤ ـ وكتابا نقض فيه على الشافعي رده على ابى حنيفة • مات سنة تسعين ومائتين بمصر ، وقبره مشهور بالقرافة يزار ويتبرك به (الفوائد البهية ، ص٥٥) •

باب الآبق[1]

٨٣٩٠ ـ قال اصحابنا : ومن وجد آبقا خارج المصر على مسيرة ثلاثة ايام فرده على مولاه استحق عليه جعله اربعين درهما ، وان كان لا يساويها فان للذي جاء به قيمته الا درهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف في قوله الاول ثم رجع وقال له اربعون درهما وان كانت قيمته درهما واحدا استحسانا والقياس ان لا يستحق عليه شيئاً الا بشرطه •

٨٣٩١ ـ وقد روى اصحابنا عن عمرو بن دينار عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الآبق اربعون درهما ، وكذا روى عن ابن مسعود انه قال جعل الآبق اربعون درهما •

٨٣٩٢ ـ وعن عمر وعلي رضى الله عنهما انهما اوجبا في ذلك جعلا فاحدهما قال دينار أو اثنى عشر درهما ، والآخر قال دينار او عشرة دراهم فحمل اصحابنا اختلافهم في القدر على قرب المسافة وبعدها وجعلوا الاربعين للمسافة البعيدة وما دون ذلك للقريبة •

٨٣٩٣ ـ وجعل ابو حنيفة له القيمة الا درهما حتى لا يضر بالمولى ، وابو يوسف قال هذا ثبت بالشرع •

فصل

٨٣٩٤ ـ وحكى عن اصحابنا انهم قالوا : ان رده بامره لم يستحق وان كان بغير امره استحق ، وقال الشافعي : الجعل يتوقف على الشرط كالاجارة •

---

(١) الآبق : هو العبد الهارب من سيده ، وفي لسان العرب الاباق هرب العبيد وذهابهم من غير خوف ولا كدّ عمل ، قال : وهذا الحكم فيه ان يرد ، فاذا كان من كد عمل أو خوف لم يرد •

فصـــل

٨٣٩٥ ـ وان جاء به وارث المولى فلم يسلمه حتى مات المولى فان ابا يوسف قال لا جعل له ، وقال محمد له الجعل ، وهو قول ابي حنيفة ، وفي الآبق مسائل كثيرة •

واذا قد ذكرنا حكم العقود والاموال والمناكحات واللقطة وسائر ما قدمنا وجب ان نذكر ما يورث من ذلك وما لا يورث ونبين من يرث ومن لا يرث لتكون قد وفينا بشرط هذا الكتاب على ما قدمناه •

كتاب المواريث (الفرائض)

وهذا كتاب المواريث[1] •

٨٣٩٦ ـ اعلم ان هذا كتاب كبير وحجمه عظيم وفروعه مشتبهة واصوله مختلفة وقسمته صعبة وهو نصف العلم ، وهو الذي تولاه الله بنفسه ولم يكله الى من ارسله ، وهو الذي فصل وسوى ومنع واعطى وقدم وأخر ، وقد صنف في ذلك الكتب الكبار والشروح الطوال وفرع فيه ما لا يوجد ولا يُجد قط وراض العلما في الخواطر والاذهان وعموا فيه مسائل في الاستخراج وفيه كل عجيب من الفروع وكل طريق بين من الطرق ، وذكر ما ذكر فيه لا يمكن لانه ربما كان ذلك اذا استوفى اكثر من هذا الكتاب الذي الفناه غير اني اودعه ما يقرب فهمه على العالم والمتعلم واودعه اصولا يبنى عليها فروعه واذكر ما فيه من خلاف واقع ارجو من الله تعالى النفع في الدارين ولمن صنف ذلك باسمه اذ كانت نعمه عندي كثيرة واياديه جسيمة ، وهو مولانا الصاحب الاجل نظام الملك قوام الدين ابو علي الحسن بن علي بن اسحق رضي امير المؤمنين احسن الله جزاءه عن الدين والعلماء والصالحين وانا ان شاء الله ابوبه ابوابا تراها في كل فن باوجز لفظ واقرب مأخذ ان شاء الله •

---

(١) الميراث : ما يؤول الى اقرباء الميت بعد موته من امواله ، وفي لسان العرب ورثه ماله ومجده وورثه عنه ورثا ورثة ووراثه واراثه ، ابو زيد ورث فلان اباه يرثه وراثة وميراثا ، واورث الرجل ولده مالا •

وقد جرت عادة بعض الفقهاء باطلاق مصطلح الفرائض احيانا على موضوع المواريث ، وقد جاء في الاقناع (٢/٩٩) ان الفرائض جمع فريضة بمعنى مفروضة اي مقدرة لما فيها من السهام المقدرة فغلبت على غيرها ، والفرض لغة التقدير ، وشرعا نصيب مقدر للوارث •

باب من يرث ومن لا يرث

وهذا بابه من يرث ومن لا يرث .

٨٣٩٧ - ونحن آخذون من عقد هذا الكتاب على نمط يخالف ترتيب من تقدم من العلماء في ذلك ، ونذكر قسمه تدخل في كل قسم اهل مواريثه ، وذلك ينقسم الى اقسام ، فمن الناس من يرث ويورث منه الميت لو كان هو الحي .

ومنهم من لا يرث ولا يورث .

ومنهم من يرث ولا يورث .

ومنهم من يورث ولا يرث .

فصـــل

٨٣٩٨ - وهم يترتبون في الميراث .

فمنهم من يرث في كل حال .

ومنهم من لا يرث في حال دون حال .

ومنهم من يرث اذا كان معه غيره ولا يرث اذا انفرد .

ومنهم من يرث بفرض .

٨٣٩٩ - ومنهم من يرث بتصيب .

ومنهم من يجتمع له الصفتان الفرض والتعصيب .

ومنهم من يحجب ولا يرث .

ومنهم من يرث ولا يحجب .

ومنهم من يستوى الرجال والنساء في ميراثه .

ومنهم من يتفاضلون في ميراثه •

ومنهم من يرث مع الواحد من الورثة ولا يرث مع الجماعة •

ومنهم من ينقص من سهمه ولا يزاد عليه •

ومنهم من ينقص تارة ويزاد في اخرى •

ومنهم من يرث ويأخذ سهما واذا ساواه مثله قسم ذلك القدر بينهم بالسوية •

ومنهم من يعال له الفريضة •

ومنهم من لا يعال له فريضة •

وهذه الجملة عقد جميع الفرائض ، ونحن آخذون في تفصيل ذلك وبيانه ان شاء الله تعالى •

فصـــل

الآباء والبنون والبنات

٨٤٥٠ ـ فالآباء والبنون والبنات يتوارثون في كل حال ، ولا يحجب احدهم عن الميراث ، وكل واحد يرث الآخر •

فصـــل

الأجانب

٨٤٠١ ـ والاجانب لا يرثون ولا يورث منهم عندنا •

٨٤٠٢ ـ وقال الشافعي يتوارثون بالاسلام من لا وارث له معين •

فصـــل

الزوجان الرقيقان ومختلفا الدين

٨٤٠٣ ـ ومن ذلك الزوجان الرقيقان لا يتوارثان •

٨٤٠٤ ـ والزوجان اذا كان احدهما على دين والآخر على خلافه كالمسلم والذمية فانهما لا يتوارثان •

فصـــــل

من يرث ولا يرثه الميت

٨٤٠٥ ـ واما من يرث ولا يرثـه الميت فهو مولى النعمـة يرث معتقته والمعتق لا يرث المولى والمجروح اذا مات الجارح ورثه ولو مات المجروح لم يرثه القاتل •

٨٤٠٦ ـ ومن طلق زوجته في مرضه فانها ترثـه ولو ماتت امرأة المريض وقد أبانها لم يرثها •

٨٤٠٧ ـ وقال الشـافعي في احد اقوالـه الرجل والمرأة سـواء لا يتوارثان •

٨٤٠٨ ـ والعادل يرث الباغي بلا خلاف ، والباغي لا يرث العادل اذا قال قتلته وانا ظالم ويرث ان قال قتلته وانا على حق عند ابى حنيفة ومحمد ، وقال ابو يوسف لا يرثه بحال •

فصـــــل

القاتل المتعمد

٨٤٠٩ ـ القاتل المتعمد لا يرث بالاجماع ويرثه المقتول ، والمخطىء كالعامد عندنا وعند الشافعي •

٨٤١٠ ـ وقال مالك لا يرث من الدية ، وعندنا ان كل من وجبت الكفارة عليه بالقتل فانه يحرم الميراث ، فعلى هذا الصبي والمجنون لا يحرم الميراث •

٨٤١١ ـ وقال الشافعي يحرم الميراث[١] ٠

٨٤١٢ ـ وحافر البئر والمقتص لا يحرمان وعند بعض اصحابه يحرم ٠

فصـــــل

ما يتركه المرتد

٨٤١٣ ـ ومن ارتد عن الاسلام فلحق بالدار أو قتل فماله لورثتـه المسلمين ، ولا فرق بين ما اكتسبه بعد الردة أو قبل ذلك عند ابى يوسف ومحمد ٠

٨٤١٤ ـ وقال ابو حنيفة ما اكتسبه بعد الردة فيء لا يرثه الورثة ٠

٨٤١٥ ـ وقال الشافعي لا يورث بحال ، وقد مضت المسئلة واتفق الجميع على ان المرتد لا يرث احدا من ورثته ، فهذا من يورث ولا يرث ٠

فصـــــل

الذين يرثون في حال دون حال

٨٤١٦ ـ والذين يرثون في حال دون حال فهم بنو البنين وان سفلوا والاخوة والاخوات والاعمام لا يرث احد من هؤلاء مع البنين ، ويرث بنو البنين مع الاب والام والابوان معهم ذوو فرض ٠

فصـــــل

٨٤١٧ ـ ولا يرث الاخوة والاخوات مع الابوين ٠

---

(١) في الاقناع (٢/١٠٢) لا يرث القاتل من مقتوله مطلقاً لخبر الترمذي وغيره ليس للقاتل شيء اي من الميراث ، ولأنه لو ورث لم يؤمن ان يستعجل الارث بالقتل فاقتضت المصلحة حرمانه ولأن القتل قطع الموالاة وهي سبب الارث وسواء كان القتل عمداً ام غيره مضمونا ام لا مباشـرة أم لا ، قصد مصلحته كضرب الأب والزوج أو المعلم أم لا ، مكرها أم لا ٠

فصـــــل

٨٤١٨ ـ ولا يرث الاعمام مع الاخوة للاب والام أو للاب ، ويرثون مع الاخوة من الام •

فصـــــل

من يرث مع الغير ولا يرث إذا انفرد

٨٤١٩ ـ ومن يرث مع الغير ولا يرث اذا انفرد فهن بنات ابن الابن لا يرثن مع البنات الا ان يكون معهن ابن ابن ، وكذلك الاخوات للاب لا يرثن مع الاخوات للاب والام الا ان يكون معهن اخ لهن فيعصبهن ، ومتى لم يكن مع بنات الابن أو بنات ابنه وان سفلوا اخ لهن أو في درجتهن من الميت لم يرثن مع البنات الا ان تكون بنت الصلب واحدة فيرث معها بنات الابن السدس تكملة الثلثين •

فصـــــل

٨٤٢٠ ـ وليس حكم بنات الاخوة حكم بنـات البنين بنات الاخوة لا يرثن مع اصحاب الفروض ولا مع العصبات ، وكذلك العمات لا يرثن مع الاعمام •

فصـــــل

أصحاب الفروض

٨٤٢١ ـ واصحاب الفروض[١] •

١ ـ الزوج ($\frac{1}{2}$ ، $\frac{1}{4}$) •

---

(١) الفروض : جمع فرض بمعنى نصيب مقدر لا يزاد عليه ولا ينقص عنه الا لعارض كعول فينقص أو رد فيزاد (الاقناع ٢/١٠٤) ، والفروض لا تعدو الربع والثلث وضعف كل ونصفه (ايضا ١٠٥) •

٢ ـ والزوجات ($\frac{1}{4}$ ، $\frac{1}{8}$) •

٣ ـ والبنت ($\frac{1}{2}$) والبنتان والبنات ($\frac{2}{3}$) •

٤ ـ والاخت من الاب والام ($\frac{1}{2}$) والاختان والاخوات ($\frac{2}{3}$) •

٥ ـ والاخت للأب ($\frac{1}{2}$) والاختان والاخوات ($\frac{2}{3}$) •

٧ ـ والام مع الاب والولد ($\frac{1}{3}$ المال عند عدم الولد والاخوة $\frac{1}{3}$ الباقي اذا كان معها أب وأحد الزوجين ، $\frac{1}{6}$ مع الولد أو الاخوة) •

٨ ـ والاب والاجداد مع الولد ($\frac{1}{6}$) •

٩ ـ والجدات من قبل الاب ومن قبل الام ($\frac{1}{6}$) •

فصـــــل

فرض الزوج

٨٤٢٢ ـ وفرض الزوج النصف اذا لم يكن (للزوجة) ولد ولا ولد ولد من ولد الصلب (سواء كان الولد من ذلك الزوج أو من غيره) دون ولد البنات وله الربع مع الولد أو ولد الولد[١] •

فصـــــل

فرض الزوجات

٨٤٢٣ ـ والربع للزوجات وهو للواحـدة اذا انفردت اذا لم يكن للزوج ولد منهن أو من غيرهن أو ولد ولد لصـلبه دون اولاد البنات ، ولهن الثمن مع الولد وولد الابن وان سفلوا •

---

(١) ما بين قوسين من المحلى لابن حزم (مسألة ١٧١٦) •

فصــــل

فرض البنت

٨٤٢٤ ـ والنصف للبنت اذا انفردت ، وهو لبنت الابن اذا انفردت ولبنت الابن اذا لم يكن للميت ولد ، ولبنت ابن ابن الابن اذا لم يكن فوقها بنت •

فصــــل

فرض الأخت للأب والأم

٨٤٢٥ ـ وهو للاخت للاب والام اذا انفردت وللاخت للاب اذا لم يكن اخت لاب وام ولا يرث النصف سوى من ذكر •

فصــــل

فرض البنت

٨٤٢٦ ـ واما فرض البنات اذا زدن على الواحدة فهو الثلثان ، وما زاد على ذلك سواء في الثلثين ، وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء رضى الله عنهم ، وهو فرض لابنتي الاب وما زاد اذا لم يكن للميت بنات صلب ، وهو للاختين من الاب والام وما زاد واذا لم يكن اخوات لاب وام فهو للاخوات للاب •

فصــــل

فرض ولد الأم

٨٤٢٧ ـ وفرض ولد الام للواحد السدس ذكرا كان أو انثى ، واذا كانوا اكثر من ولد لهم الثلث ، ويقسم بينهم بالسوية الذكور والاناث في ذلك سواء عند عامة الصحابة والفقهاء ، وحكى عن ابن عباس انهم يتفاضلون في القسمة كاولاد الاب والام •

فصـــل

فرض الأم

٨٤٢٨ ـ وللام الثلث اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن وان سفل ولا اثنان من الاخوة والاخوات عند عامة الصحابة والفقهاء ، وعن ابن عباس انها لا تحجب الا بثلاثة فما زاد •

فصـــل

الأخوة مع الأبوين

٨٤٢٩ ـ ولا ترث الاخوة مع الابوين ما حجبوا الام عنه •
وقال ابن عباس يرثون جميعا ما حجبوا •

٨٤٣٠ ـ لانهم لا يرثون مع الاب وحده ، وسهم الام كالمستحق على الاب •

فصـــل

ميراث الأم

٨٤٣١ ـ وقال عامة العلماء للأم مع الزوج أو الزوجة والاب ثلث[١] الفاضل عن فرض الزوجين •

٨٤٣٢ ـ وقال ابن عباس لها ثلث جميع المال •

٨٤٣٣ ـ وقال ابن سيرين لها مع الزوج ثلث الفاضل ولها مع الزوجة ثلث المال •

فصـــل

الجد مكان الأب

٨٤٣٤ ـ ولو كان مكان الاب جد فلها ثلث جميع المال في قول الجميع لانها اقرب منه درجة •

---

(١) في نسخة تونس : ثلثا •

فصـــــل

فرض الأم مع الولد

٨٤٣٥ ـ فرض الام مع الولد السدس ، ولا فرق بين الذكر والانثى من الاولاد •

فصـــــل

٨٤٣٦ ـ وهو فرض الاب مع الولد ، ولا يزيد على الام الا ان يكون بنت واحدة أو بنت ابن فيكون ما فضل عـن فرض الام وفرضها فرض ياخذه بالتعصيب والاب (والجد)[١] في هذا سواء في قول الجميع •

---

(١) في الموطأ عن ابن شهاب عن عثمان ابن ابي اسحق بن خرَشة عن قبيصة بن ذؤيب انه قال :

جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها ، فقال ابو بكر :

ـ ما لك في كتاب الله من شيء ، وما علمت لك في سنة رسول الله (ص) شيئاً فارجعي حتى اسأل الناس • فسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله (ص) اعطاها السدس ، فقال ابو بكر :

هل معك غيرك ؟

فقام محمد بن مسلمة الأنصاري ، فقال مثل ما قال المغيرة ، فانفذ لها ابو بكر الصديق •

ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها :

ما لك في كتاب الله شيء ؛ وما كان القضاء الذي قُضِي به الا لغيرك ، وما انا بزائد في الفرائض شيئاً ، ولكنه ذلك السدس ، فان اجتمعتما فيه فهو بينكما ، وايكما خلت به فهو لها •

وفي مصنف عبدالرزاق عن منصور عن ابراهيم قـال : حُدثت ان رسول الله (ص) اطعم ثلاث جدات السدس •

قلت لابراهيم :

ـ وما هن ؟

ـ قال :

←

فصـــــل

فرض الجدات

٨٤٣٧ ـ وفرض الجدات وان كثرن السدس يشتركن فيه ، ولا فرق بين ام الام وام الاب عند العامة من العلماء ، وحكى عن ابن عباس انه لا شيء لها وجعلها كاب الام •

وقد ورث ابو بكر رضى الله عنه جدة من جهة الام لما شهد المغيرة وعبدالرحمن[1] ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاها السدس •

فصـــــل

٨٤٣٨ ـ وهو للجدة ام اب الام عند اصحابنا وهو قول الشافعي •

وقال مالك لا شيء لها لانها لو ماتت ورثها ابنها ، واذا ورث منهـا ورثت كالام •

فصـــــل

أم أم الأب

٨٤٣٩ ـ وترث ام ام الاب ، وقال بعضهم لا ترث ، والجميع عـلى ما قلناه •

فصـــــل

السدس للقريبة من الجدات

٨٤٤٠ ـ والسدس للقريبة من الجدات ايها كانت عند اصحابنا •

وقال الشافعي : ان كانت القريبة من قبل الام فالسدس لها وان كانت من قبل الاب شاركتها البعيدة من قبل الام •

←

جدتا ابيه أم امه وام ابيـه وجدتـه ام ام امه (اقضـيه رسول الله للقرطبي ص١٠٩ ــ ١١٠) •

(١) ما بين قوسين من نسخة تونس •

فهؤلاء اصحاب الفروض (واصبتهم) هي :

النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس ، وهي التي فرضت في نص التنزيل[١] .

فصل

الميراث بالتعصب

٨٤٤١ ـ فاما من يرث بالتعصيب فهو الابن وبنوه وان سفلوا ثم الاب واباؤه وان علو والاجداد وهم العصبة عند ابي حنيفة .

---

(١) فالفروض لا تعدو الربع والثلث وضعف كل ونصفه . ففرض النصف يكون :

١ ـ للبنت اذا انفردت عن جنس البنوة والاخوة (وان كانت واحدة فلها النصف) .

٢ ـ بنت الابن وان سَفَل اذا انفردت عن تعصيب وتنقيص ، فان كان معها أخ في درجتها فانه يعصبها ويكون لها معه نصف ما حصل له ، واذا كان معها بنت صلب فان لها معها السدس تكمله الثلثين .

٣ ـ الاخت من الاب والام (الشقيقة) اذا انفردت عن جنس البنوة والاخوة . (ولها اخت فلها نصف ما ترك) .

٤ ـ الاخت من الاب اذا انفردت عن جنس البنوة او الاخوة (ولها اخت فلها نصف ما ترك) .

٥ ـ الزوج اذا لم يكن لزوجته المتوفاة ولد منه أو من غيره ولا ولد ابن وان سفل منه او من غيره (ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد) .

وفرض الربع يكون :

١ ـ للزوج مع الولد لزوجته منه أو من غيره (فان كان لهن ولد فلكم الربع) أو ولد الابن لها وان سفل منه او من غيره اما ولد البنت فلا يحجب .

←

فصـــــل

٨٤٤٢ - وهو قول ابي بكر وابن عباس وعائشة وابي بن كعب وابي هريرة وابي الدرداء وهو قول شريح وأهل الظاهر ، ولا يشاركه الاخوة كما لا يشركون اولاد البنين •

٨٤٤٣ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي ومالك يشارك الجد الاخوة من الاب والام والاخوة من الاب •

٨٤٤٤ - واتفق الجميع على ان ابن الاخ لا يشارك الجد ولا بني بني الاخوة وان سفلوا عند الجميع •

←

٢ - للزوجة ولكل الزوجات بالسوية مع عدم الولد للزوج (ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لهن ولد) أو عدم ولد الابن وان سفل •

وفرض الثمن يكون : للزوجة الواحدة وكل الزوجات بالسوية مع الولد للزوج منها أو من غيرها (فان كان له ولد فلها الثمن) أو مع ولد الابن وان سفل •

وفرض الثلثين يكون :

١ - للبنتين فاكثر •

٢ - لبنات الابن وان سفل (بنتا الابن فاكثر) •

٣ - للاختين فاكثر من الاب والام •

٤ - للاختين فأكثر من الأب عند فقد الشقيقة •
يأخذ الثلثين من الاناث عند التعدد من فرضه النصف عند الانفراد ممن يعصب أو يحجب •
وفرض الثلث يكون :

١ - للام اذا لم تحجب حجب نقصان فان لم يكن لميتها ولد ولا ولد ابن وارث ولا اثنان من الاخوة والاخوات للميت ، سواء كانوا اشقاء ام لا ذكوراً ام لا ، محجوبين بغيرها كأخوين لأم مع جد أم لا (فان لم يكن

→

فصـــــل

ترتيب العصبة

٨٤٤٥ ـ ثم الاخوة هم العصبة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم ثم اعمام الاعمام ثم بنوهم كذلك ابدا •

⟵

له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث ، فان كان له اخوة فلامه السدس) •

٢ ـ للاثنين فصاعدا من الاخوة والاخوات من ولد الام يستوى فيه الذكر وغيره (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله اخ أو اخت) •

٣ ـ للجد مع الاخوة اذا نقص عنه بالمقاسمة كما لو كان معه ثلاثة اخوة فاكثر •

وفرض السدس يكون :

١ ـ للام مع الولد (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) •

٢ ـ للام مع ولد الابن وان سفل •

٣ ـ للام مع اثنين فصاعدا من الاخوة والاخوات •

٤ ـ للام السدس عند موت امرأة عن زوج وابوين (عند بعضهم) •

٥ ـ للجدة الوارثة لاب أو ام •

٦ ـ لبنَت الابن فأكثر مع بنت الصلب أو مع بنت ابن أقرب منها تكملة للثلثين •

٧ ـ للاخت فاكثر من الاب مع الاخت الواحدة من الاب والام • تكملة للثلثين •

٨ ـ فرض الاب مع الولد أو مع ولد الابن وان سفل •

٩ ـ للجد للاب عند عدم الاب •

١٠ـ للواحد من ولد الام ذكرا كان او انثى (وله اخ أو اخت) •
اهـ ملخصا من الاقناع للشربيني (٢/١٠٥ ـ ١٠٧) •

فصـــــل

٨٤٤٦ ـ لا يرث ولد اب مع ولد اب وام ، ويقدم ولد الاب والام على ولد الاب ابدا .

فصـــــل

مولى النعمة

٨٤٤٧ ـ ومولى النعمة هو العصـبة ثم عصبته ثم مواليـه على ترتيب العصبات .

فصـــــل

اجتماع الفرض والتعصيب

٨٤٤٨ ـ ولا يجتمع الفرض والتعصيب الا للاب وآبائه خاصة دون سائر العصبات اذا ورث مع ولد البنت ، وقد مضت المسئلة .

فصـــــل

الحجب

٨٤٤٩ ـ والكافر والعبد لا يحجب عن الميراث وانمـا يحجب من يرتد[1] ، وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء وعن ابن مسعود انه يحجب كالكافر[2] والعبد .

فصـــــل

الأب

٨٤٥٠ ـ ويحجب الاب سائر آبائه واولادهم من الذكور والاناث

---

(١) في نسخة تونس : من يرث .

(٢) كذا وسياق العبارة يقتضي ان يكون : الكافر والعبد .

وامهاته ولا يرث معه اخ ولا اخت عند العامة ، وعليه العمل[١] •

فصـــــل

٨٤٥١ ـ والام تحجب سائر امهاتها وجداتها •

فصـــــل

٨٤٥٢ ـ ويحجب ولد الام الذكر والانثى الولد وولد الابن والاب والجد •

فصـــــل

٨٤٥٣ ـ ويحجب البنات بنات الابن اذا استكملن الثلثين الا ان يكون معهن اخ لهن أو اسفل منهن ابن فيعصبهن •

فصـــــل

٨٤٥٤ ـ ويحجب الاخوات للاب والام الاخوات للاب اذا اكمل الثلثان الا ان يكون معهن اخ لهن فيعصبهن •

فصـــــل

٨٤٥٥ ـ ولا يعصبهن ابن الاخ بل يكون المال له خاصة بخلاف ابن ابن الابن مع عماته •

فصـــــل

٨٤٥٦ ـ ويحجب الام من الثلث الى السدس الاثنان فما زاد من الاخوة ، ولا يرثون وقد مضت •

---

(١) في الاقناع (٢/١٠٧) يسقط [اي يحجب حجب حرمان] ولد الاب والام اي الأخ الشقيق مع ثلاثة اي بواحد منهـا : الابن وابن الابن وان سفل ، والاب بالاجماع في الثلاثة ، ويسقط ولد الاب اي الاخ لاب فقط مع اربعة بهؤلاء وبالاخ من الاب والام لقوته بزيادة القرب •

فصـــل

٨٤٥٧ ـ ولا يحجب احد بالزوج والزوجة والاعمام وموالي النعمة لا يحجبون أحدا في الميراث ، وولد الابن والبنت يحجب الزوج من النصف الى الربع ويحجب الواحدة والاربع من الزوجات من الربع الى الثمن •

فصـــل

٨٤٥٨ ـ ولا يستوى الرجال والنساء في الميراث الا اولاد الام وقد مضـت •

فصـــل

التفاضل في الميراث

٨٤٥٩ ـ والتفاضل في الميراث يقع بين الابوين فيكون للأم الثلث وللاب الثلثان من ولدهما وكذلك البنون والبنـات يتفاضـلون في الميراث فيكون للذكر مثل حظ الانثيين •

فصـــل

٨٤٦٠ ـ وكذلك أولاد البنين وان سفلوا يتفاضلون في الميرات •

فصـــل

٨٤٦١ ـ والاخوة والاخوات للاب أو للاب والام يتفاضـلون في الميراث فيكون للذكر ضعف ما للانثى •

فصـــل

٨٤٦٢ ـ ومن عدا من ذكرناه فالمـال للرجال خاصـــة كالاعمام واخواتهم وبني الاخوة واخواتهم لا يرثون مع اخوتهم في قول جميع العلماء •

فصـــــل

٨٤٦٣ ـ ومن يرث مع الواحد ولا يرث مع الجماعة فهي بنت الابن ترث السدس مع العمة لها ولا ترث مع العمات والاخت للاب ترث السدس مع الاخت للاب والام ولا ترث مع الاخوات •

فصـــــل

٨٤٦٤ ـ واما من ينقص سهمه ولا يزاد عليه فهو الزوج والزوجة والزوجات وذوو الفروض[1] اذا اجتمعوا ينقص بعضهم لبعض اذا عالت المسائل ولا يزاد اذا فضلت السهام •

فصـــــل

من ينقص تارة ويزاد في أخرى

٨٤٦٥ ـ ومن ينقص تارة ويزاد في اخرى فهن البنات والاخوات وولد الام فان الواحد اذا انفرد تأخذ البنت النصف فاذا صار معها اخرى أخذت الثلث ، وولد الام الواحد يأخذ السدس فاذا زادوا على اثنين نقص من السدس فعند المساواة له ينقص وعند الانفراد يزيد ولا يشارك ولد الاب والام ولد الام بحال كزوج وام واخوين لام واخ لاب عندنا ، وقال الشافعي يشاركه •

فصـــــل

من يعال له

٨٤٦٦ ـ فاما من يعال له فهم ذوو الفروض •

اعلم ان جميع سهام الفرائض تؤخذ من سبعة اصول منها ثلاثة تعول واربعة لا تعول فاذا كانت المسئلة نصفا وما بقى فهي غير عائلة وان كانت ثلثا وما بقى فهي غير عائلة واذا ربعا وما بقى فهي غير عائلة والثمن وما بقى لا يعول •

---

(١) في نسخة تونس : ذوو الحظوظ •

واذا كان مع النصف ثلث أو سدس فهي من ستة وقد تعول الى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة وهي أكثر فريضة تعالى وهي ثلثا الفريضة •

فصـــل

٨٤٦٧ ـ ومتى كان مع الربع ثلث أو سدس فانها من اثنى عشر ، وقد تعول الى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر ، ولا تعال مع الربع والسدس الى اكثر من ذلك •

فصـــل

٨٤٦٨ ـ واذا كان مع الثمن سدس فهي من اربعة وعشرين وتعول الى سبعة وعشرين •

فصـــل

مسائل النصف وما بقي

٨٤٦٩ ـ اما مسائل النصف وما بقي فهي : الزوج والاب والاخ والعم ومن سوى الابن من العصـبات والبنت والاخت والاخـوات أو الاخوة والاخوات من قبل الاب أو الاب والأم ، فاما زاد على ميراث البنت تأخذه الاخت الواحدة أو الاخوات بالسوية •

فصـــل

٨٤٧٠ ـ ومن ذلك الاخت للاب والام تأخذ النصف والباقي للاخ للاب واخواته •

فصـــل

مسائل الثلث وما بقي

٨٤٧١ ـ واما مسائل الثلث وما بقى فهي الام والاب أو الام والجد فللام الثلث وما بقى للاب أو للجد •

فصـــل

ولد الأم

٨٤٧٢ ـ ومن ذلك ولد الام اذا كانوا جماعـة فلهم الثلث والباقي للاخوة من قبل (الاب و)[1] الام أو من قبل الاب فانهم يأخذون ما زاد على الثلث ان كان واحدا فله ما بقى وان كانوا جماعة اشتركوا ويقدم ولد الاب والام على ولد الاب •

فصـــل

مسائل الربع

٨٤٧٣ ـ ومن مسائل الربع الزوج والبنت والعصبة فللزوج الربع وللبنت النصف والباقي للعصبة ابا كان أو جدا أو اخا أو اختا •

فصـــل

مسائل الثمن

٨٤٧٤ ـ ومن مسائل الثمن الزوجة وبنت وعصبة وكل العصبات في ذلك سواء الا الابن خاصة فهذه الاصول التي لا تعال في الفرائض والمسائل فيها قد تختلف •

فصـــل

مسائل العول

٨٤٧٥ ـ فاما ما يوجد من ستة وتعول عليها الى عشرة مسائل منها :

زوج وام واخت لام فهذه من ستة ولا تعول •

وان كان مع الزوج اخت لام واخت لاب وام عالت المسئلة الى سبعة وان كان مع الزوج اخت لاب وام أو لاب واخوات لام عالت الى ثمانية وان كان معه في المسألة بحالها اخت لاب والاولى اخت لاب وام عالت الى تسعة •

(١) ما بين قوسين من نسخة تونس •

وان كان في المسألة جدة وام عالت الى عشرة •
فاعرف ذلك •
واذن لا يزيد العول في الستة الى اكثر من هذا •

فصل

مسائل الإثنى عشر

٨٤٧٦ ـ واما التي هي من اثنى عشر فمثل زوجة واخوين لام وعصبة فهذه من اثنى عشر ، وان كانت المسألة بحالها وبدل العصبة اخت لاب وام أو لاب عالت الى ثلاثة عشر سهما ، وان كان بدل الاخت اختان عالت الى خمسة عشر وان كان في المسألة ام وجدة[١] فهي من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر ، وهو أكثر ما يعال اليه الربع •

فصل

الثمن مع السدس

٨٤٧٧ ـ والثمن مع السدس فهو الزوجة والزوجات مع البنت أو البنات وعصبة فتكون من اربعة وعشرين ثلاثة للزوجة وللبنات ستة عشر وخمسة للعصبة ، فان كان مع العصبة ام والعصبة اب عالت الى سبعة وعشرين وهي اكثر ذلك •

فصل

العصبات

٨٤٧٨ ـ ومن لا يعال لهم أصحاب الفرائض فهم العصبات اذا اجتمعوا فانه يقسم المال بينهم بالسوية ان زادوا على الواحد ، وان كان معهم من يشاركهم من النساء فاضلوا[٢]، فهذه الجماعة قد دخل فيها جميع ما قدمناه

(١) في نسخة تونس : أو جدة •
(٢) في نسخة تونس : تفاضلوا •

فصـــــل

٨٤٧٩ ـ ومسائل الفرائض اذا لم تكن عائلة فاقسـم واستغن عن الضـرب •

فصـــــل

الرد على الورثة

٨٤٨٠ ـ وكل رجل ورث من الورثة فهو يأخذ جميع المال اذا انفرد الا الزوج والاخ من الام وكل من يرث من النساء اذا انفردت لم ترث الجميع الا المعتقة لعبدها ، وهـــذا قول من لا يرد على ذوى الارحام ، وهم مالك والشافعي وزيد بن ثابت من الصحابة •

فصـــــل

٨٤٨١ ـ واما اهل العراق فيردون على جميع اهل السهام ويعطون كل ذي فرض بقدر فرضه الا الزوجين •

وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وابي الدرداء [من الصحابة] وهو قول عطاء وشريح ومسروق وعلقمة وطاووس وعمر ابن عبدالعزيز وهم من التابعين وهو قول ابى حنيفة وابي يوسف ومحمد بن الحسن وزفر وسائر أصحابنا •

فصـــــل

ذوو الأرحام[1]

٨٤٨٢ ـ واذا لم يكن احد من العصبات ولا ذوي الفروض فالمال

---

(١) الرحِم رحم الانثى وهي مؤنثة ، ابن سيده : الرَّحِم والرحم بيت منبت الولد ، ووعاء في البطن • والجمع ارحام لا يكسر على غير ذلك • والرَّحِم اسباب القرابة واصلها الرَّحِم التي هي منبت الولد •
←

لذوي الأرحام عندنا ، وهو قول عامة الصحابة والعلماء .

وقال مالك[1] والشافعي يكون لبيت المال[2] .

٨٤٨٣ – والقرابة اقرب الى الميت من جماعة المسلمين وقد قال الله تعالى واولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين[3]

→

وذوو الرحم هم الاقارب ، ويقع على كل من يجمع بينك وبينه نسب ، ويطلق في الفرائض على الاقارب من جهة النساء ، يقال ذو رَحِم مَحْرَم ومُحرَّم وهو من لا يحل نكاحه كالام والبنت والاخت والعمة والخالة .

الازهري : الرّحِم القرابة تجمع بني أب ، وبينهما رَحِم اي قرابة قريبة (لسان العرب) .

وذوو الارحام كل قريب ليس بذي فرض ولا عصبة (الاقناع ٢/١٠١) .

وقد عرف ابن رشد في بداية المجتهد ذوي الارحام بأنهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبة (٢/٢٨١ منه) ثم حصرهم بقوله : وهم بالجملة :

١ – بنو البنات ، ٢ – وبنات الاخوة ، ٣ وبنو الاخوات ، ٤ – وبنات الاعمام ، ٥ – والعم اخو الاب للام فقط ، ٦ – وبنو الاخوة للام ، ٧ – والعمات ٨ – والخالات ، وقد اضاف السمناني الى هؤلاء ما يتوالد منهم وابا الام ، ٩ – والاخوال .

(١) وازن بهذه العبارة قول ابن رشد في بداية المجتهد ان توريث ذوي الارحام ذهب اليه « سائر الصحابة [اي عدا زيد بن ثابت] وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الآفاق ! مع قوله ان عدم توريثهم ذهب اليه مالك والشافعي واكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من الصحابة !

ومهما يكن فالظاهر ان القول بعدم توريث ذوي الارحام هو المناسب للعمل به تشريعا في عصرنا الحاضر ، فقد ضاق نطاق العائلة واصبح عبء الضمان الاجتماعي على الدولة وتقلصت وظيفة الميراث الاجتماعية .

(٢) في الاقناع ان مذهب الشافعية عدم توريث ذوي الأرحام ، ولكنهم قيدوا ذلك مؤخراً باستقامة بيت المال ، فقد جاء فيه « ومحل هذا اذا استقام بيت امر المال فاذا لم يستقم أمر بيت المال ولم يكن عصبة ولا ذو فرض مستغرق ورث ذوو الارحام كما صححه في الزوائد » . وفي هذا نظر الى وظيفة الميراث الاجتماعية الاقتصادية .

وكيف يكون المؤمنون اولى منهم وقد تساووا في الاسلام وفضلوا بالقرابة[1].

فصـــــل

٨٤٨٤ ـ ولا يرث ذوو الارحام مع العصبات ولا مع ذوي الفروض الا الزوجين خاصة ويقدمون على مولى الموالاة عند اصحابنا ومن ورثهم .

وقال الشافعي مولى الموالاة لا يرث بحال وادعى نسخ الآية وهي قوله: (والذين عاقدت ايمانكم) الآية.

فصـــــل

أصناف ذوي الأرحام

٨٤٨٥ ـ وذوو الارحام عشرة اصناف :

١ ـ أولاد البنات .

٢ ـ وبنات الاخوة .

٣ ـ واولاد الاخوات .

---

(١) كان هذا الحجاج صحيحا في مجتمع تؤدى فيه القرابة خدمات بالغة للفرد في مضمار النفقة ، وتعقل عن الجاني ، وينصر بعضها بعضا . اما في عصرنا هذا ففي معظم الاقطار الاسلامية لم يعد للقرابة كل هذه الوظائف في البيئات الحضرية ، وانتقل الى الدولة ـ ممثلة للجماعة ـ كثير من وظائف القرابة في حماية الفرد ونصرته . والتأمين عليه من الغوائل والأخذ باسباب الضمان الاجتماعي ، وانتقل الحق في العقاب من المجنى عليه وعاقلته الى الدولة فلم يعد للعاقلة محل ، وقل شـأن القرابات نظراً لصـغر حجوم العوائل في المـدن . وبذا يمكن القول ان بيت المـال ينبغي ان يكون هو الوارث عند عدم العصبات وذوى الفروض ، اخذاً بقول مالك والشافعي خاصة ، وان مالكا يمثل ما جرى عليه العمل في المدينة منذ الهجرة النبوية الى عصره ، اما اهل العراق فهم ادنى الى تمثيل التحولات التي طرأت على ما جرى عليه العمل في المدينة والى الرأي والقياس .

٤ ـ واولاد الأخ من الام •

٥ ـ واولاد الاعمام من البنات •

٦ ـ والعمـات •

٧ ـ والاخوال •

٨ ـ والخالات واولاد الاخوال والخالات •

٩ ـ وابو الام •

١٠ـ وما يتوالد هؤلاء •

فكل هؤلاء ليس لهم فرض في الكتاب ولا في السنة •

فصـــــل

الاختلاف في توريث ذوي الأرحام؟

٨٤٨٦ ـ وقد اختلف الناس في ميراث هؤلاء فمنهم من قال يكون لبيت المال وهو مالك والشافعي واتباعهما •

ومنهم من قال يرثون ، وهم أهل العراق [ابو حنيفة] ومن ذكرناه من أصحابه رضى الله عنهم •

الاختلاف في كيفية توريثهم

٨٤٨٦ مكرر ـ والمختلف المورثون لهم في كيفية الفهم •

فمنهم من سوى بين جميع ذوي الارحام البعيد والقريب في الميراث ولم يفضل ذكرا على انثى وهو قول نعيم بن حماد[١] ومن تبعه •

---

(١) جاء في ميزان الاعتدال (٤/٢٦٧) « نُعيم بن حَمّاد الخزاعي ، أحد الأعلام على لين في حديثه ، كنيته أبو عبدالله الفرضي الاعور الحافظ ، سكن مصر ، وحدث في مصنفاته عن ابراهيم بن طهمان وابى حمزة السكري،

←

ومنهم المنزلون الذين يعطون كل فريق سهم من يدلى به ، ثم يقسمون بعد ذلك ما اصاب كل وارث على من يدلون به .

واصحابنا اعتبروا في ذلك الاقرب فالاقرب ثم اختلفوا في كيفية ما يرثون بعد ذلك وقسمة ذلك بينهم على خلاف نذكره .

فقالوا : لا يرث احد من ذوي الارحام مع أولاد البنات .

كما لا يرث احد مع اولاد البنين .

وكيف يقسم المال بينهم ؟

فقالوا الذكر والانثى في ذلك يتفاضلون ، فيكون للذكر مثل حظ الانثيين يعتبر ابدانهم فحسب .

وعيسى بن عُبيد الكندي وابن المبارك وهشيم والدراوردي وخلق ، ورأي الحسين بن واقد .

ويقال انه أقام بمصر نحوا من أربعين سنة .
خرج له البخاري مقرونا بغيره .

وروى عنه يحي بن معين والذُهلي والدارمي وابو زرعة وخلق آخرهم حمزة بن محمد الكاتب .

وكان شديداً على الجهمية ، اخذ ذلك عن نوح الجامع وكان كاتبه .

قال صالح بن مسمار : سمعت نعيما يقول : انا كنت جهميا ، فلذلك عرفت كلامهم ، فلما طلبت الحديث عرفت ان أمرهم يرجع الى التعطيل . ووضع كتبا في الرد على الجهمية . وكان من اعلم الناس بالفرائض .

حُمل الى العراق من مصر في امتحان القرآن مع البويطي مقيدين فمات نعيم بن حماد بسر من رأى .
ونعى على [نعيم] أحاديث ليس لها أصل منها حديث« تفترق أمتي على بضع وسبعين فرقة ، اعظمها فتنة على امتي قوم يقيسون الامور برأيهم فيحلون الحرام ويحرمون الحلال . (ميزان الاعدال ٤/٢٦٨) .

٨٤٨٧ ـ وقد روى الطحاوي في المختصر فقال : ان ترك ابن ابنتـه وابنة ابنة لـه اخرى فان ابا يوسف قال المـال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين[(١)] •

٨٤٨٨ ـ وقال محمد بن الحسن المال بينهما بالسوية لأن ارحامهما متساوية ، وانكر اصحابنا هذه الرواية وقالوا انه غلط فيها عن محمد ، والصحيح انه يعتبر ابدانهم والخلاف الذي حكاه بينهما انما هو في أولاد[(٢)] بنات الاخوة وبنى الاخوات ، فابو يوسف يفضل الذكر على الانثى عبرة بالبدن •

٨٤٨٩ ـ ومحمد يسوي اذا تساووا فيمن يدلون به ، فكان محمد يجعل ولد الاخوات كالاخوات وولد الاخوة كالاخوة ويقسم المال بينهم بحسب ذلك •

فصـــل

٨٤٩٠ ـ واذا خلف الميت ابن [اخت] وبنت اخت وابنتي اخ فانه يجعل لولد الاخت سهمان كأنهما اختان ولولد الاخ من الاب والام أربعة أسهم كأنهما اخوان ثم يقسم سهام ولد الاخت عليهما للذكر مثل حظ الانثيين فتصبح المسئلة من ثمانية عشر ، لولد الاخت ستة اسهم (و) للابن اربعة (اسهم) وللبنت سهمان (و) لولد الاخ اثنا عشرة •

وقال ابو يوسف المال بينهم على رؤوسـهم للذكر مثل حظ الانثيين فتصبح المسئلة من خمسة اسهم •

فصـــل

٨٤٩١ ـ وان خلف ولد ولد اخوات فان محمدا يعتبر أقربهم الى الميت فيجعل ولد ولده بمنزلته فاذا خلف ابنا وبنت بنت اخ وابنة ابن اخت فانه

(١) مختصر الطحاوي ، ص ١٥١ •
(٢) كلمة « أولاد » لم ترد في نسخة تونس •

يجعل المسئلة من ثلاثة اسهم لولد ولد الاخ سهمان ولولد ولد الاخت سهم ثم يقسم السهمين للذكر مثل حظ الانثيين فتصبح المسئلة من تسعة •

وقال ابو يوسف المسئلة تصبح من خمسة اسهم لكل ذكر سهمان وللانثى سهم •

فصل

٨٤٩٢ ـ وان اتفقوا في الجد واختلفوا في الآباء فان محمدا يعتبر بآبائهم ويجعلهم بمنزلة الآباء ثم يقسم عليهم ما يصيبهم للذكر مثل حظ الانثيين •

وابو يوسف يجعلهم بمنزلة الاخوة والاخوات فيقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين •

فصل

٨٤٩٣ ـ ولا يرث احد برحم معهم (كذا) من ليس يرجع الى المتوفي بولادة ، وهذا قول اصحابنا جميعا •

فصل

٨٤٩٤ ـ وان ترك اولاد اخت لاب وام واولاد اخت لاب وولد اخت لام فلولد الاخت للاب والام النصف ولولد الاخت للاب السدس تكملة الثلثين ولولد الاخت للأم السدس والباقي يرد عليهم •

وهذا قول ابي حنيفة ومحمد واحد الروايتين عن ابي يوسف •

وقد روى عن ابي يوسف ان الكل يكون لولد الاخت للاب والام •

فصل

٨٤٩٥ ـ ولو كانوا بنات اخوة متفرقين فالمال بين بنت الاخ للاب والام وبين بنت الاخ من الام وسقطت بنت الاخ للاب لان اباها لا يرث مع اخوته •

وعلى قول ابي يوسف الآخر يكون المال كله لولد الاخ[1] للاب والام ٠

فصـــــل

٨٤٩٦ ـ واتفق الجميع على انه لو ترك ثلاثة اعمام متفرقين أو عمات متفرقات أو أخوالا متفرقين أو خالات فالمال للذي من قبل الاب والام ٠

فصـــــل

٨٤٩٧ ـ واولاد العمات يرثون وبنات الخالات ٠

فصـــــل

٨٤٩٨ ـ واذا ترك عمة وخالة فان القياس عندهم ان المال كله للعمة لانها تدلى بالاب ، وهو يرث جميع المال ، والخالة تدلى بالام ، وهي لا ترث جميع المال ، واستحسنوا ان يكون المال بينهما اثلاثا للعمة الثلثان وللخالة الثلث لان العمة تدلى بالاب والخالة تدلى بالام ولو اجتمع الاب والام كان المال بينهما على ثلاثة فكذلك من يدلى بهما ٠

فصـــــل

ترك خالاً وخالة

٨٤٩٩ ـ وان ترك خالا وخالة فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ٠

فصـــــل

ترك خاله وابن عمة

٨٥٠٠ ـ وان ترك خالة وابن عمة فالمال للخالة ٠

---

(١) في نسخة (ق) للولد ولد ، وكذا في نسخة المعهد والسياق يقتضى ما اثبتناه ٠

فصـــل

٨٥٠١ ـ وان ترك عمة وابن خالة أو خال فالمال للعمة عندنا •

فصـــل

أولاد الأخوة من الأم

٨٥٠٢ ـ واولاد الاخوة من الام يقتسمون المال بالسوية كما يقتسم الآباء ولا يفضل ذكر على انثى •

فصـــل

ترك أباً أمه وابن أخيه لأمه

٨٥٠٣ ـ وان ترك أبا أمه وابن أخيه لامه فأبو حنيفة يقول المال لاب الام ولا شيء لولد الاخ بناء على اصله ان الاخ لا يرث مع الجد •

فصـــل

٨٥٠٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يكون المال لولد الاخ للام لانه يدلى بالام وهو ولدها ولا يرث ابوها مع ابيه •

٨٥٠٥ ـ ومسائل ذوي الارحام كثيرة وفروعها لا تحصى كثرة ، وفي الذي ذكرت اصول ما يحتاج اليه في العمل •

فصـــل

لا توارث بنكاح فاسد

٨٥٠٦ ـ ولا يتوارث بنكاح فاسد لا يقر عليه في الاسلام ، وهذا الاصل جاز بين سائر الناس أهل الملة وسائر الكفار في ذلك سواء[1] •

---

(١) هذه الاشارة من مسائل الخلاف العالي •

فصــــل

ميراث المجوس

٨٥٠٧ ـ واذا مات مجوسي وترك زوجة هي امه واخته لابيه كان ابوه تزوج بنته فاولدها هذه فانها ترث الثلث لكونها امه والنصف لكونها اخته ولا ترث بالزوجية •

وقال الشافعي ترث لكونها اماً لا اختاً •

٨٥٠٨ ـ لانه اجتمع سببان لو تفرعا في شخصين لم يحجب احدهما الآخر فينبغي ان ترث بهما جميعا كابني عم احدهما اخ لام •

فصــــل

توارث الكفار

٨٥٠٩ ـ ويرث الكفار بعضهم من بعض اختلفت مللهم او اتفقت عندنا لان الكفر ملة واحدة • وقال الشافعي الكفر ملل ولا يرث اليهودي من النصراني ولا المجوسي ولا الوثني ولا المشرك وعندنا يرث بعضهم بعضا لقوله عليه السلام : الناس حيز ونحن حيز •

فصــــل

٨٥١٠ ـ ولا يرث المعتق بعضه ، وقد روى عن علي رضي الله عنه يرث بقدر ما فيه من الحرية وهو احد اقوال الشافعي ، لانه يحد حد المملوك كالمكاتب •

فصــــل

ميراث الجد مع الأخوة

٨٥١١ ـ انفق الموروثون له ولهم على توريثهم في الجملة[١] واختلفوا

---

(١) قوله هذا يفيد ان في توريث الاخوة مع الجد خلافا ، وقد ذهب ←

في كيفية القسمة فقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يقاسم الاخوة والاخوات ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث ، فان نقصته من الثلث فرض له الثلث .

٨٥١٢ ـ وهو (قول) زيد بن ثابت[١] .

٨٥١٣ ـ وقال علي بن ابي طالب يقاسمه الاخوة والاخوات ما لم تنقصه المقاسمة من السدس فان نقصته من السدس فرض له السدس وجعل الباقي للاخوة والاخوات من جهة الاب والام أو من جهة الاب للذكر مثل

←

اهل الظاهر الى القول بعدم توريث الاخوة الذكور ولا الاناث اشقاء كانوا أو لاب أو لام مع الجد وحجتهم في ذلك ان ان الجد اب اذا لم يكن اب (المحلى ٦/مسألة ١٧٣٠ ص٢٨٢) .

وفي بداية المجتهد (٢/٢٨٧ ـ ٢٨٨) ان الفقهاء اختلفوا هل « يقوم (الجد) مقام الاب في حجب الاخوة الشقائق او حجب الاخوة للاب ؟ فذهب ابن عباس وابو بكر (رض) وجماعة الى انه يحجبهم . وبه قال ابو حنيفة وابو ثور والمزني وابن شريح من اصحاب الشافعي ، وداود وجماعة .

واتفق علي بن ابي طالب (رض) وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الاخوة مع الجد ، الا انهم اختلفوا في كيفية ذلك » اهـ .

وفيها أيضا ان عمدة من ورث الأخ مع الجد ان الاخ أقرب الى الميت .

(١) ما ذكره السمناني وردّه الى قول زيد بن ثابت يصدق حين لا يكون مع الجد سوى الاخوة اذ يعطى الجد الافضل من اثنين اما ثلث المال واما ان يكون كواحد من الاخوة الذكور ، فان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ بأهل الفروض ، فما بقى اعطى للجد الافضل من ثلاث :

اما ثلث ما بقى بعد حظوظ ذوي الفرائض .
واما ان يكون بمنزلة ذكر من الاخوة .

واما ان يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ، ثم ما بقى يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا في الاكدرية (بداية المجتهد ٢/٢٨٨ ـ ٢٨٩) .

حظ الانثيين[1] وهو قول ابن ابي ليلى[2] ٠

فصـــــل

٨٥١٤ ـ ويعالون بولد الاب مع ولد الاب والام ثم يرد على الاخوة من جهة الاب والام ما صار لولد الاب الا ان يكون اختاً واحدة فيرد عليها تمام النصف ، ويكون الباقي لولد الاب ٠

فصـــــل

ميراث الخنثى

٨٥١٥ ـ وفي الفرائض ميراث الخنثى وهو الذي لـه ما للـرجل وما للانثى وفيه خلاف طويل ومسائل صعبة ٠

٨٥١٦ ـ فأبو حنيفة يجعله انثى انه اضر به[3] وسفيان وأبو يوسف يعطيه نصف نصيب انثى ونصف نصيب ذكر فيكون له ثلاثة من سبعة ومحمد يعتبر به الاحوال ويعطيه خمسة من اثنى عشر سهماً والشافعي يعطيه ما هو اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلح الورثة وهذا في رجل مات وترك أبناء وخنثى مشكلا فما ذكرناه هو الواجب فيه ، والتشاغل بعمل مسائل الخنثى يضيع به الزمان فيما لا يقع وهو مذكور في الكتب ٠

---

(١) وفي بداية المجتهد (٢/٢٨٩) ، واما علي (رض) فكان يعطى الجد الاحظى له من السدس أو المقاسمة ، وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوي الفرائض أو لم يكن ٠

(٢) في بداية المجتهد (٢/٢٨٩) « بقول علي (رض) قال ابو حنيفة » كذا والصواب ما ذكره السمناني أعلاه ٠ وقد سبق لابن رشد ان ذكر أن ابا حنيفة لا يورث الاخوة مع الجد ٠

(٣) كذا وفي نسخة منيخ : لانه اضربة ٠ وفي نسخة تونس : وهو اضر به ومتيقن ٠

باب قسمة التركات على الورثة

٨٥١٧ ـ واذا لم تخرج سهام كل جزء صحيحة عليهم فاضرب المنكسر على السهام في اصل المسألة وعولها ان كانت عائلة ، فما بلغ فمنه تصح المسألة ويخرج سهم كل واحد صحيحا وهذا يكون اذا لم توافق السـهام .

فصـــل

الموافقة

٨٥١٨ ـ في معرفة الموافقة ان يفنى العدد الاكثر بالاقل فان افناه فهو جزء منه وهما يتفقان بما في ذلك من العدد .

وان بقي من العدد الاكثر بقية هي اقل من العدد الاقل فافن بها العدد الاقل فان فنيا باثنين فهما يتفقـان بالانصاف وان فنيا بثلاثـة منهما يتفقان بالاثلاث وكذلك ابداً يعتبر الاعداد فان بقي واحد من احد العددين فلا اتفاق بينهما بحال فاذا كان كذلك فاضرب احدهما في الآخر فما بلغ فاضربه في المسئلة وعولها ان كانت عائلة مما بلغ فمنه تصح المسئلة .

فصـــل

أحوال الفرائض

٨٥١٩ ـ وجميع الفرائض لا تخلو اما ان تكون على جنس واحد أو جنسين أو ثلاثة أو اربعة أو خمسة اجناس وهو اكثر ما يكون في الفرائض ولابد من ان يكون بعض اهل الفرائض تصح عليه سهامه ، واربعة قد تصح وقد لا تصح ، وقد يوافق البعض البعض وقد يختلفان وقد يكونان متساويين وقد يكون احدهما جزءا من الآخر فان لم يوافق فاضرب احدهما في الآخر ، وما اجتمع في اصل المسئلة وعولها فتصح منه وان توافقت فخذ وفق ذلك وان تساوت فاجتز باحدهما وان كان احدهما اكثر فخذ الكثير واجتز به عن

القليل وهذا يحتاج الى رياضة في الحساب ومعرفة باصوله وقد ذكرت ذلك في كتابي في التشويق الى العلوم والبحث عن حقيقة العلوم مقدمة في الحساب يعلم بها غوامض المواضع وجليلها ، وهذا كتاب كنت قد اودعته اصـول الدين واصول الفقه ومسائل الفروع والحساب والفرائض ونوادر المسائل التي تراضى بها العلماء وجعلته باسم الامام المقتدى بامر الله أمير المؤمنين اصلح الله على يديه الامور .

فصـــل

كيفية القسمة

٨٥٢٠ ـ واذا اردت قسمة التركة فانت بالخيار ان تعطى كل واحد بقدر حقه وتوجبه له فتقول الثُمن لفلان والربع لفلان وكذلك سائر السهام وان شئت ان تضرب سهام كل واحد في التركة ثم يصير ما يصير لكل سهم منهم فهو نصيب الذي تطلب ، مثال ذلك ان يكون الورثة زوجا واماً واخوين لام فتكون المسئلة من ستة والتركة عشرون دينارا فانت بالخيار ان تقول للزوج النصف وهو عشرة وللام السدس وهو ثلاثة وثلث وللأخوين للام الثلث ستة وثلثان وان شئت فاضرب سهام الزوج وهي ثلاثة في عشـرين يكون ذلك ستين فاقسم ذلك على ستة تخرج عشرة ، وذلك حق الزوج ثم اضرب سهم الآخرين وهما اثنان في عشرين تكون اربعين فاقسم ذلك على ستة يكون لكل سهم ست وثلثان وهو نصيبهما وكذلك الام وان شئت فاقسم التركة وهي عشرون على المسئلة وهي ستة يكون لكل سهم ثلاثة وثلث ثم اضرب اصول سهام الزوج وهي ثلاثة وثلث[١] وهو ما خرج لكل سهم وهو ثلاثة وثلث يكون ثلاثة في ثلاثة تسعة[٢] وثلث في ثلاثة واحد يكون

(١) في نسخة منيخ : ثم اصرب سهام الزوج وهي ثلاثة في ثلاثة وثلث .

(٢) في نسخة تونس بدلا من جملة : وهو الخ ، جاء يكون : ثلاثة في ثلاثة تسعة وثلث في ثلاثة واحد يكون الجميع عشرة .

الجميع عشرة وكذلك باقي الوجوه مثل ذلك •

فصـــــل

ما يقبل فيه إقرار الميت

٨٥٢١ ـ وما يقبل فيه اقرار الميت في حياته وما لا يقبل فقد مضى في الاقرار •

فصـــــل

ولد الملاعنة

٨٥٢٢ ـ وولد الملاعنة فلا يرثه أحد من جهة الاب[١] ولا أقربائه ويرثه ابنه واخوانه لامه ، فان مات وترك امه واخاه لامه فلكل واحد سهمه للام الثلث وللاخ السدس والباقي رد عليها فيكون المال بينها على ثلاثة عندنا •

٨٥٢٣ ـ وقد روى فيــه خبر ان المرأة تحرز ميراث ثلاثة عتقيهــا ولقيطها والولد الذي لاعنت به وعند الشافعي يكون الفاضـل لبيت المال ، وعندنا يقسم على ثلاثة اسهم بالفرض والرد •

فصـــــل

٨٥٢٤ ـ فان ترك امه وثلاثة اخـوة لام فلأمه السدس والثلث للاخوة لامه ويقسم على ثلاثة بالفرض والرد وتصبح المسئلة من تسعة اســهم •

فصـــــل

إقرار الملاعن بولده

٨٥٢٥ ـ وان اقر الملاعن بولده ضرب الحد ورد اليه النسب ، واذا

---

(١) في نسخة (ق) : الام وهو غلط •

مات ورثه واقاربه • وان ادعاه وهو ميت لم تقبل دعوته عندنا •

وقال الشافعي يقبل ذلك •

فصـــــل

٨٥٢٦ ـ ولو خلف ابنا قبلت دعوته في قولهم جميعا • وفي كتــاب الفرائض مسائل كثيرة والذي ذكرت اصول ما يقع منه دون استيفاء المسائل وفيه كتب مفردة مصنفة •

واذا قد ذكرنا ذلك وختمنا الكتاب بالمواريث وكنا قد وعدنا ان نذكر ابوابا شتى مختلفة الوضع حتى نذكر في كل باب ما فرطنا في الكتاب •

باب الدعاوى

٨٥٢٧ ـ وهذا اول باب من الدعاوي : اذا ادعى كل واحد على الآخر واذا حضر الرجلان عند القاضي وادعى كل واحد على صاحبه وخرج القولان معاً أو حضرا وسكتا ولم يعرف المدعي منهما القاضي فانه يسألهما ايكما المدعي ؟ فان قال واحد منهما انا تسمع دعواه وان قالا معا كل واحد انا المدعي فهو بالخيار ان شاء سمع منهما جميعا ما يقول كل واحد منهما وان شاء اقرع بينهما وان شاء قدم احدهما على صاحبه كل ذلك جائز •

فصـــــل

٨٥٢٨ ـ واذا كثر الخصوم وازدحموا ولم يعرف السابق منهم كتب الرقاع فمن خرجت قرعته قدم •

فصـــــل

٨٥٢٩ ـ ويجعل للنساء يوما وللرجال يوما ويفعل في دعوى النســاء ما يفعل في دعوى الرجال •

فصـــــل

المساواة في حق التقاضي

٨٥٣٠ ـ والمسلمون والكفار والاحرار والعبيد والمكاتب في الدعاوى ســواء •

فصـــــل

دعوى المرتد

٨٥٣١ ـ واختلف اصحابنا في دعــوى المرتد فمنهم من قال هو في الدعوى كغيره •

ومنهم من قال لا تسمع دعواه لان ملكه قد زال عن امواله •

ومنهم من قال تسمع فيما اكتسب بعد الردة ولا تسمع فيما كان قبل الردة •

وعند ابي يوسف ومحمد تسمع في جميع الاحوال سمعت هـذا في درس كتاب الدعوى من مختصر الحاكم على شيخنا قاضي القضاة رحمه الله•

فصــــــل

دعوى شراء العقار

٨٥٣٢ ـ واذا ادعى رجل على آخر انه اشترى الدار التي في يده ، وادعى صاحب اليد انه اشتراها من الخارج واقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فابو حنيفة وابو يوسف يبطل البينتين ويجعل الشيء في يد من هو في يده •

وقال محمد يحكم بالبينتين جميعا ويجعلها كأنها كانت للخارج فباعها من المشتري ثم اشتراها وعلى هذا الاصل عدة مسائل •

باب دعوى الرجلين الشيء

وهو في يد غيرهما

٨٥٣٣ ـ واذا ادعى الرجلان دارا أو عرضا في يد ثالث واقام كل واحد البينة انه له والذي في يده الشيء ينكر ذلك فانا نقضي بذلك بينهما نصفين ، وهذا قول اصحابنا جميعا •

٨٥٣٤ ـ وقال الشافعي في احد قوليه تتعارض البينتان وتسقطان ويقر الشيء في يد الذي هو في يديه •

والقول الآخر له يستعمل البينة وفي كيفية الاستعمال ثلاثة اقوال احدهما يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له بالشيء •

والثاني تنزع الدار من يده ويوقف الحكم حتى يصطلحا •

والثالث مثل قولنا •

فصـــــل

هل لعدد الشهود تأثير؟

٨٥٣٥ ـ ولا فرق عندنا بين ان يقيم احدهما شاهدين والآخر اربعة وما زاد فان الحكم لا يختلف في القسمة •

٨٥٣٦ ـ وقد ذكر الخصاف عن علي رضي الله عنه ان رجلين ادعيا بغلة فجاء احدهما بشاهدين وجاء الآخر بخمسة •

٨٥٣٧ ـ فقال علي رضي الله عنه ان فيها قضاء وصلحا اما الصلح فبأن تباع البغلة فيعطى هذا خمسة اسهم وهذا سهمان واما القضاء فبأن يستحلف

كل واحد من الخصمين فان تشاحا في اليمين اقرعت بينهما ثم استحلفت الذي يقرع ويذهب بالبغلة •

٨٥٣٨ ـ وقد قال الشعبي يقسم المدعى على عدد الشهود فيأخذ كل واحد بعدد شهوده كما يضرب اصحاب الدين •

٨٥٣٩ ـ وعن مالك انه يقضي بالاكثر ويدع الاقل كما يفعل في الاخبـار •

فصـــــل

إثبات اليد السابقة

٨٥٤٠ ـ واذا ادعى رجل عبدا في يدى آخر انه كان في يديه امس واقام بذلك بينة فان ابا حنيفة ومحمد قالا لا تقبل هذه الشهادة •

فصـــــل

٨٥٤١ ـ وقال ابو يوسف تقبل هذه الشهادة ويقضى بها ، واتفقوا على انه لو شهدوا على اقرار الذي هو في يديه يقبل •

فصـــــل

الخارج وصاحب اليد

٨٥٤٢ ـ والخارج وصاحب اليد اذا ادعى كل واحد ان الشيء لـه واقام بينة فالقياس عندنا ان البينة بينة الخارج في جميع الاحوال ، وهو قول ابن ابي ليلى •

٨٥٤٣ ـ وقال أصحابنا الخارج احق الا في التابع[١] ، وما لا يتكرر ويعـاد •

٨٥٤٤ ـ وقال الشـافعي بينـة الداخل اولى من الخـارج في جميع الاحوال ، وعندنا لا تسمع بينة صاحب اليد على ما بدل اليد[٢] •

(١) في نسخة تونس : الا في النتاج •

(٢) كذا ولم ترد هذه العبارة في نسخة تونس •

فصـــل

٨٥٤٥ ـ فان اقام كل واحد بينة ان العبد ولد في ملكه فان يقضي به للذي هو في يده ، وقد روى في ذلك اثر عن النبي صلى الله عليه وسلم[١] .

فصـــل

٨٥٤٦ ـ واذا ادعى رجل على رجل عينا في يـده كائنا ما كانت ، فقال الذي هو في يديه هذه لفلان أو دعني اياها ، فان اقام بينة بما قال دفع الخصومة عن نفسه وان [لم تكن له بينة][٢] ، فهو الخصم .

٨٥٤٧ ـ وقال ابن ابي ليلى ، دفع الخصومة عن نفسه بالاقرار انهـا لغيره .

٨٥٤٨ ـ وقال ابن شبرمة لا يدفع في الحالين الخصومة منه بل هو الخصم وان اقام بينة .

٨٥٤٩ ـ ولا فرق عند ابي حنيفة وابي يوسف بان يشهد الشهود بانهم يعرفون المقر له اذا رواه عرفوا وجهه وان جهلوا اسمه ونسبه .

٨٥٥٠ ـ وقال ابو يوسف هذا على ما يقع في قلب الحاكم ويعرف به الرجل المدعي عليه ، وقال محمد اذا لم يعرف الاسم والنسب لم يقبل ذلك ، وان ادعى انه اشتراه أو اجره أو رهنه أو سلمه فذلك كله ســواء ويدفع الخصومة وفي الشهادة انه سرقه خلاف بين أصحابنا .

٨٥٥١ ـ وقال ابو حنيفة لا يدفع ، وقال محمد يدفع .

---

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (٢/٢٦٨ ـ ٢٦٩) ، ابو حنيفة عن ابى الزبير عن جابر بن عبدالله (رض) عن النبي (ص) ان رجلين اختصما في ناقه واقام كل واحد بينة انها نتجت عنده فقضى بها للذي هي في يده .

(٢) من نسخة تونس .

فصـــــل

لا تجب اليمين على كل منكر

٨٥٥٢ ـ وكل مدع فعليه البينة في سائر الحقوق ولا يجب اليمين على كل منكر ، بل على بعض المنكرين دون بعض ، وقد مضى من يحلف ومن لا يحلف اذا ادعى عليه فيما مضى فلا وجه لاعادته •

باب الدعوى في الميراث ودعوى التوارث

فصــــل

٨٥٥٣ ـ واذا ادعى رجل على رجل ان اباه مات وترك له هذا العبد الذي في يد المدعي عليه ميراثا منذ سنة واقام البينة ، وادعى الآخر ان ذلك ميراث له من ابيه وانه تركه له منذ سنتين واقام بذلك بينة فهو لصاحب السنتين عند ابي حنيفة ومحمد وقول ابي يوسف الآخر •

وقال اولا هو بينهما بالسوية وهو قول محمد •

وذكر الشافعي القولين كما ذكرناه •

٨٥٥٤ ـ لان اقدم الوقتين يثبت فيه الملك ثم يستدام[1] فيكون اولى ، لانهما تساويا في الملك ومع الآخر مزية فكانت اولى •

فصــــل

الدفع بأن الدار لأبيه أو لجده

٨٥٥٥ ـ واذا ادعى رجل على غيره دارا في يده انها له فانكر واقام بينة انها لابيه لم تقبل البينة في ظاهر الكتب •

٨٥٥٦ ـ ومن اصحابنا من يقول هذا اتفاق ومنهم من يقول هذا قول ابي حنيفة ومحمد ، فاما على قول ابي يوسف فيقبل ذلك •

فصــــل

٨٥٥٧ ـ ولو شهدوا بانها لجده فان ذلك لا يقبل حتى يجروا المواريث اليه بان يقولوا مات جده وتركها ميراثا لابيه ثم مات ابوه وتركها ميراثا له •

---

(١) استصحاب الحال •

وقال ابو يوسف ان علم ان الجد مات قبل الاب قضى له ، وان مات قبل الجد أو جهل الحال في ذلك لم يقض له لجواز ان يكون بينهما آخر •

٨٥٥٨ ـ ولو شهدوا ان اباه مات وتركها ميراثا له ولم يقل الشهود انهم لا يعلمون له وارثا غيره فان القاضي يتلوم مدة فان لم يظهر له وارث غيره سلم اليه الميراث عند ابي حنيفة ولا يأخذ منه كفيلا لان اخذ الكفيل ظلم •

٨٥٥٩ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يسلم اليه الميراث حتى يأخذ الكفيل منه •

فصـــــل

٨٥٦٠ ـ ومن ادعى دارا في يد رجل انها له ولاخيه الغائب وان اباهما مات وتركها ميراثا لهما ومن هي في يديه [ينكر] فأقام بينة بما ادعاه فانه يقضي له بالنصف ويدع النصف في يد المدعي عليه حتى يحضر الغائب عند ابي حنيفة •

٨٥٦١ ـ وهل يحتاج الغائب الى ان يعيد البينة ؟

قال في كتاب الدعوى لا يحتاج •

٨٥٦٢ ـ وفي الجامع الصغير اذا ادعى القصاص فحضر الغائب كلف اعادة البينة وذكر في المسئلة روايتين •

٨٥٦٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يؤخذ النصف الآخر ويترك بيد عدل حتى يحضر الغائب ، ولو كان ذلك عرضا من العروض فان القاضي يدع ذلك في يد العدل في قولهم جميعا وان اقر الذي في يديه الشيء بذلك للميت فانه يقر في يده في قولهم جميعا •

فصــــل

٨٥٦٤ ـ ومن يرث في حال دون حال فاقام البينة بموت من يرث وهو ممن يحجب كالاخ وابن الابن والعم والجد ، وكل من يتقدم عليه غيره كالمولى المعتق فانه لا يسلم اليه الميراث حتى يقول الشهود انه لا وارث له غيره •

٨٥٦٥ ـ وقال زفر يسلم لانه اذا قال مات وترك فلانا وارثه فلا يجوز ان يؤخر حقه بمن لم يثبت انه وارث •

فصــــل

٨٥٦٦ ـ والزوجان ايهما اقام بينه بالموت وانه وارث ولم يبين الشهود من يرث معه من الورثة فما الذي يعطى الزوج ؟

٨٥٦٧ ـ فحكى الخصاف انه يعطى نصف المال في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف الربع •

٨٥٦٨ ـ وقال الحسن الخمس وفي الزوجة الربع وعند ابي يوسف ربع الثمن • وروى عنه ربع المال والذي حكاه الطحاوي وغيره انه يعطى اقل النصيبين ، وهو قول ابي يوسف •

٨٥٦٩ ـ وقال محمد اكثر النصيبين •

٨٥٧٠ ـ وروى عن ابي يوسف ربع الثمن في الزوجة •

٨٥٧١ ـ وروى الحسن عنه ربع السبع حكى هذا الخلاف في المختصر •

فصــــل

تحديد وقت الموت

٨٥٧٢ ـ ومن اقام بينة ان هذا الشيء لابيه مات وتركه ميراثا في يوم

كذا من سنة كذا فاقامت امرأة بينة ان الميت تزوجها بعد ذلك الوقت وانه مات بعد ذلك فانه يحكم بالبينتين جميعا وتأخذ الصداق والميراث من الابن لانه ليس للابن في الوقت حق • واذا اقامت امرأة اخرى بينة بعد وقت الاولى بالتزويج والموت بعد ذلك حكم لها بذلك وشاركت الاولى لانه لا حق للاولى في الوقت •

فصـــل

٨٥٧٣ ـ ولو كان ابن اقام بينة ان فلانا قتل اباه يوم كذا فقضى بذلك واقامت امرأة بينة انه تزوجها بعد ذلك لم اقبل منها لان القتل قد لزم في ذلك الوقت فلا تبطله بينة المرأة ، والموت ليس فيه حق لزوم لاحد ، الا ترى انها لو اقامت بينه انه تزوجها يوم النحر بمكة فقضيت لها بالنكاح ثم اقامت اخرى بينة انه تزوجها ذلك اليوم بخراسان لم اقبل ذلك لاني قد حكمت انه بمكة ذلك اليوم •

حكى هذه المسائل الخصاف في ادبه •

فصـــل

٨٥٧٤ ـ ولو قال المدعي كان هذا الشيء في يد ابي مات وهو في يده واقام على ذلك بينة حكمت بذلك الشيء وجعلته ميراثا لورثة ابي المدعي ، ولو شهد بذلك لرجل حي انه كان في يده منذ شهر أو سنة كان ذلك باطلا عند ابى حنيفة ومحمد • وقال ابو يوسف تقبل وقد مضت •

فصـــل

قرينة اليد

٨٥٧٥ ـ والشهادة بان اباه مات وترك هذه الدار ميراثا او هي في يديه أو ساكن فيها أو متصرف فيها فذلك كله سواء ويحكم له بالدار •

ولو قالوا مات فيها حين مات لم يحكم بهذه الشهادة لانهم لم يثبتوا

ملكاً ولا يدا بخلاف الأول •

فصـــــل

ثبوت الملك تبعاً لليد

٨٥٧٦ ـ ولو شهدوا انه كان لابسا هذا الثوب أو الخاتم أو راكباً على هذه الدابة أو حاملا هذا المتاع قضى بذلك واخذ ذلك من يد الذي هو في يديه لان هذه الاشياء تدل على ثبوت اليد والملك يثبت تبعا لذلك •

فصـــــل

معيار ثبوت اليد

٨٥٧٧ ـ ولو شهدوا انه مات وهو قاعد على هذا البساط او نائم على هذا الفراش لم يستحق بذلك شيء لانه قد يموت على بساط غيره •

باب اختلاف الشهود في الوقت والإطلاق

٨٥٧٨ ـ وهذا باب اختلاف الشهود في ا لوقت والاطلاق ، واصل هذا الباب ان الرجلين اذا دعيا شيئاً فلا يخلو اما ان يكون في يدهما أو يد احدهما أو يد ثالث وادعيا الملك المرسل أو الميراث او الشراء واقاما بذلك بينة فلا يخلو من ان يطلق الشهود الوقت أو يوقتا وقتا ، أو يوقت احدهما ويطلق الآخر فان اطلقا فهو بينهما بالسوية وان وقتا فهو لصاحب الوقت الاول عند ابي حنيفة •

٨٥٧٩ ـ وهو قول ابي يوسف الآخر ، وان وقت احدهما ولم يوقت الآخر فلا عبرة بالوقت ، سواء كان ذلك في الملك المطلق أو الميراث وفي قول ابي يوسف الاول لا عبرة بالوقت في الاحوال كلها ، وان وقت احدهما واطلق الآخر فهو لصاحب الوقت عند ابي يوسف •

٨٥٨٠ ـ وقال ابو حنيفة هو للذي اطلق بانه يقتضي الملك من اصله وعند محمد لا عبرة بالوقت في الميراث والاول والآخر في ذلك سواء وفي الملك المرسل اذا كان الشيء في يد ثالث فهو لصاحب الوقت الاول كما قال أبو حنيفة •

٨٥٨١ ـ وان وقت احدهما ولم يوقت الآخر فهو للذي لم يوقت مثل قول أبي حنيفة ، وان كان في يد احدهما •

٨٥٨٢ ـ وروى عنه اصحاب الاملاء انه قال لا اقبل بينة الذي هو في يديه واقضي للخارج ، وهو قوله الآخر •

فصـــــل

أمة دبرها وأعتقها الآخر

٨٥٨٣ ـ ولو كانت امة في يد رجل فاقام الآخر البينة انها امته منذ سنة

وانه دبرها واقام الآخر انها امته منذ شهر وانه اعتقها فهي لصاحب الوقت الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف الآخر •

٨٥٨٤ – وفي قول محمد لا عبرة بالوقت وهي حرة •

فصـــــل

وجوب ثبوت اليد

٨٥٨٥ – والرجلان اذا حضرا عند القاضي وكل واحد يقول في يدى الدار الفلانية وهي لي وملكي والآخر يقول مثل ذلك ، ولا يعلم انها في يد احدهما فان الطحاوي قال في ادب الحكام الصغير له ان القاضي لا يسمع منهمـــا •

ويقول لهما من في يديه شيء فهو له لان كل واحد يدعى على صاحبه شيئاً ، ولابد ان يكون احد الخصمين مدع والآخر مدعى عليه •

فصـــــل

ادعياه وكل منهما ذو يد

٨٥٨٦ – فان كان الشيء في ايديهما وكل واحد يدعيه واقاما بذلك بينة قسمه القاضي بينهما نصفين بخلاف ما قاله الشافعي وقد مضت ، وان لم يكن لهما بينة تركه القاضي في ايديهما لا على سـبيل القضـاء ، فان أقام احدهما بينة ولم يقم الآخر فهو للذي اقام البينة •

فصـــــل

تقديم بينة النتاج على بينة مطلق الملك

٨٥٨٧ – وان كانت الدعوى في نتاج واقام كل واحد البينة بانه ولد في ملكه قسمه بينهما نصفين لتساويهما في سبب الاستحقاق •

وان اقام احدهما البينة بالنتاج والآخر بمطلق الملك فهو للذي اقام

البينة بالنتاج ولا فرق بين ان يكون صاحب اليد أو الخارج هو الذي اقام البينة بذلك •

فصـــــل

العمل ببينة شهدت بملك جميع الدار

٨٥٨٨ ـ وان ادعى احدهما نصف الدار والآخر جميعهـا وهي في ايديهما واقام كل واحد بينـة بما ادعاه فهو لصـاحب البينة التي شهدت بالجميع له دون صاحب النصف •

فصـــــل

٨٥٨٩ ـ وان كانت في يد ثالث قسمت بينهما على اربعة اسهم عند ابي حنيفة وعلى ثلاثة عندهما وقد مضت •

٨٥٩٠ ـ وان ادعى احدهما وهي في ايديهما ان له خمسة اسداس واقام على ذلك بينة وادعى الآخر ان له الثلثين واقام على ذلك بينـة فان لصاحب الخمسة اسداس ثلثي الدار ولصاحب الثلثين الثلث لان صاحب الخمسة قـد استحق بينته ما في يد الآخر لانه يقول لي النصف والثلث مما في يدك فبقي في يده سدس ، وصاحب الثلثين يقول قد بقى لي مما في يدك سدس فقد سلم لصاحب الخمسة اسداس ثلث على طريق الترك وثلث استحقه بالقضاء فصار في يده الثلثان ، وصاحب الثلثين بقى في يده سدس وقضى له على صاحبه بسدس واصل الباب ان كلا منهما لا تقبل بينته على ما في يده وتقبل على ما في يد شريكه لان صاحب اليد لا تسمع بينته عندنا • ولا اعرف مذهب الشافعي في ذلك •

باب من الدعاوى في الشراء والهبة

٨٥٩١ ـ وهذا باب من الدعاوى في الشراء والهبة اذا كانت دابة في يد رجل فادعى رجل انه اشتراها منه بالف واقام البينة ، واقام رجل آخر البينة انه وهبها منه أو رهنها أو تصدق عليه بها فصاحب الشراء اولى في قولهم جميعاً •

٨٥٩٢ ـ وان اقام المدعى بينة بالشراء أو امرأة بانه مهرها ذلك فهي بينهما بالسوية عند ابي يوسف ، وتأخذ المرأة نصف قيمة ذلك من الزوج •

٨٥٩٣ ـ وقال محمد بينة الشراء اولى ويكون للمرأة قيمة ذلك ، فان ابت القبض في الهبة والصدقة فهو اولى لان العقدين احدهما يملك بـه والآخر لا يملك به وهو للوقت الاول في قولهم المشهور •

باب من دعوى الولادة والنتاج

٨٥٩٤ ـ وهذا باب من دعوى الولادة والنتاج واذا كان العبد في يد رجل فأقام آخر البينة بمثل ذلك فانه يقضى به بينهما بالسوية ويكون العبد ابن العبدين وابن الأمتين في قول ابي حنيفة •

٨٥٩٥ وقال ابو يوسف ومحمد يكون ابن العبدين ولا يكون ابن الامتين ، وفي قول الشافعي لا يكون ابن واحد منهم ويراه القافة وقد مضت•

فصـــل

٨٥٩٦ ـ ولو كانت شاة في يد رجل وشاة اخرى في يد رجل آخر فادعى كل واحد منهما ان الشاة التي في يد الآخر شاته ولدتها شاته التي هي في يده فان يعطى كل واحد شاة صاحبه عندنا •

٨٥٩٧ ـ وقال ابو يوسف البينتان باطلتان لانــه لم تلد كل واحدة الاخـرى •

وعند الشافعي لكل واحد ما في يده ، وعلى هـذا الخلاف اذا كانت الشاة مذبوحة وفي يد احدهما البدن وفي يد آخر السواقط[1] فاقام كل واحد منهما البينة ان الشاة له فعندنا ، يأخذ كل واحد ما في يد الآخر • وقال الشافعي لكل واحد ما في يده •

فصـــل

٨٥٩٨ ـ والاخوان اذا كان احدهما مسلما والآخر ذميا واختلفا في

---

(١) السواقط في اللغة جمع سقيطة وهي ناقصة العقل وههنا يراد بالسواقط الرديء من الشاة المذبوحة كالكرش والامعاء فان السـقط هو رديء المتاع ، والظاهر ان السواقط بالمعي المذكور مولدة •

اسلام ابيهما عند موته فقال المسلم مات مسلما وقال الآخر مات كافرا فبينة المسلم ودعواه اولى ، وقال الشافعي تتعارضان فتسقطان في احد القولين وفي الآخر يشتركان لان الاسلام يعلوا ولا يعلى عليه • ولان الاسلام طارىء فبينته اولى لانها تشهد بأمر حادث •

فصل

نوع آخر

٨٥٩٩ ـ وأبو حنيفة يرجح بوجه البناء وبالتربيع ولا يرجع بقمط[١] الحصر ولا بالهراوى[٢] ، يوسف ومحمد يرجحان بالقمط •

فصل

نوع آخر

٨٦٠٠ ـ ذكر محمد في الرقيات[٣] ان رجلا لو وجدناه ميتاً فجاء عشرة انفس من اهل الذمة فشهدوا انه مسلم لم اقبل خبرهم ولم اصل عليه بقولهم لانه خبر من اخبار الدين فلا يقبل من الكافر •

---

(١) القِمْط ما تشد به الاخصاص ، ومنه معاقد القِمْط ، وفي حديث شريح انه اختصم اليه رجلان في خُصّ فقضى بالخص للذي تليه القُمْط • والخص البيت الذي يعمل من القصب • قال ابن الاثير هكذا قال الهروي بالضم ، وقال الجوهري القِمط بالكسر كأنه عنده واحد (لسان العرب) •

(٢) جمع هراوة • وهي العصا •

(٣) كتاب في المسائل التي فرعها محمد بن الحسن الشيباني حينما كان قاضيا بالرقة • وقد رواه عنه محمد بن سماعة ، وكان معه طول بقاء محمد بن الحسن بها (بلوغ االاماني في سيرة الامام محمد بن الحسن الشيباني للكوثري ص٨٢) •

فصـــــل

٨٦٠١ ـ ولو جاء رجل مسلم وقال انا ابنه وهو ابي مسـلم مثلي صلى عليه ودفن في مقابر المسلمين وسلم اليه ميراثه لان خبر المسلم مقبول على المسلمين ، وسلم الميراث اليه لانه لا مدع له سواء •

فصـــــل

٨٦٠٢ ـ ولو كانت الدار في يد مسلم فقال ، أبي مات مسلما وتركها ميراثا ، وقال اخو الميت وهو ذمي مات ابي وهو على ديني فميراثه لي فالقول قول الابن المسلم ، لانا حكمنا له بالاسلام وصلينا عليه بقول المسلم والاخ ليس وارثا مع الابن ولا يسمع قوله انه ذمي ، كما لو اخبر بذلك غير الاخ لم يسمع خبره ولم نجعله ذميا •

فصـــــل

٨٦٠٣ ـ ولو كانت الدار في يد ورثته فقالت امرأته وهي مسلمة ، كان زوجي مسلما وله اخ مسلم فصدقها اخذت الدار من يد الورثة الكفار وجعلتها بين الاخ والمرأة •

٨٦٠٤ ـ ولو كان له ابن كافر واخ مسلم واختلفا في اسلامه فالقول قول الابن الكافر لان الاخ مع الابن لا يرث فهو كالاجنبي ، وهذا كله اذا لم يعلم كفره الاصلي ولا اسلامه فان عرف كفره فالميراث للكافر ، وان عرف الاسلام لم يسمع الكفر •

٨٦٠٥ ـ وقد ذكرنا في هذا الكتاب ما تمس الحاجة اليه وفيه يقع غالبا في البلاد ولم نذكر الشواذ ولا عويص المسائل ، ولا ما لعله لا يقع ، وذكر كل ما ذكر لا يمكن في هذا لكثرة الفروع في الكتب ، وفي الذي ذكرت ما لم اره في كتب من صنف في هذا الشأن كتابا مجموعا ولا معللا ولا مبينا ، وتحريت الحكايات واضفت ما لعله ينكره من لا علم له بالمسائل

الى مواضعه من الكتب ، ونبت ذلك •

وفي الذي ذكرت علم كثير ومسائل جمة واصول يبتنى عليها نظائرها لمن يعرف الاصول والقياس على الامرين •

وكل من انصف من العلماء علم عظيم ما اودعته وقربته وحكيته انه لم اسبق الى حصر الابواب ولا ترتيب الكتب على ما اثبت •

وانني اول من قسم الكلام في هذا العلم الى الكلام في القاضي والمقضي له والمقضي عليه والطريق الذي يقضى به والمقضي به من الحقوق •

وانني قد اودعت في كل باب ما لا يوجد في مثله لمن تقدم اما في الاختصار او الاكثار[1] أو البيان أو جمع النظائر في[2] الاحكام ونحن نختتم الكتاب بباب نذكر فيه من تولى القضاء وفضيله الحكم ومن امتنع من الدخول فيه على حسب ما وعدت به في اول الكتاب[3] •

---

(١) في نسخة تونس : أو الاخبار •

(٢) في نسخة تونس : من •

(٣) في نسخة تونس بعد هذه الجملة : والله اعلم •

باب من ولى القضاء وتولاه من العلماء
وقضاة الخلفاء إلى هذا الوقت ومن اشتهر بذلك[1]

٨٦٠٦ ـ اعلـم ان الله تعـالى للطيف[2] حكمته شرع الشـرائع مختلفة لمصالح العباد ، ولو علم ان الصلاح في الامر الواحد والعبادة الواحدة لما خالف بين التكاليف في الاحكام الشرعية ولا نسخ الشرائع بعضها ببعض ولا نسخ من شرعنا ما شرعه ولا زاد[3] علينا في التكاليف زيادات واسقط عنا واجبات وبعث الانبياء عليهم السلام وبين لهم الاحكام والحلال والحرام .

٨٦٠٧ ـ فاول حـاكم حكم وقاض الـزم انما هو الله تعـالى الذي (الزم)[4] المشـاق في التكليف ونهى عن الملاذ والترفيـه ، وبين العدل وشرعه ونهى عن العدوان ومنعه فقال : (شهد الله انه لا اله الا هو والملائكة واولو العلم قائما بالقسط ، لا اله الا هو العزيز الحكيم)[5] .

وقال (وهو خير الحاكمين)[6] .

---

(١) ورد هذا العنوان في نسخة تونس على النحو الآتي : « باب من تولى الخلافة بعد الرسول (صلعم) ومن ولى القضاء وتولاه من العلماء وقضاء الخلفاء » .

(٢) في نسخة تونس : للطف .

(٣) في نسخة تونس وردت العبارة على هذا النحو ابتداء من قوله نسخ: « نسخ من شرعنا ما شرعه اولا ، وزاد علينا في التكاليف . الخ » .

(٤) هذه الزيادة من نسخة تونس وبها يستقيم المعنى .

(٥) آل عمران ٣/١٨ .

(٦) الاعراف (٧/٨٧) ، ويونس (١٠/١٠٩) ، وهو (١١/٤٥) .

(والله يقضي بالحق)[1] .

(ولدينا كتاب ينطق بالحق)[2] .

وقال : (ووضع الكتاب فترى المجرمين مشفقين مما فيه ، ويقولون يا ويلنا ، ما لهذا الكتاب لا يغادر صغيرة و لاكبيرة الا احصاها ووجدوا ما عملوا حاضرا ، ولا يظلم ربك احد)[3] . وما حكمت به الانبياء عليهم السلام من الاحكام فاخبر الله تعالى عنهم في محكم القرآن فيحتاج الى كتاب كبير ، غير انا نشير الى ان الانبياء بعثوا بالحكم واقامة الشرع وانصاف الناس بعضهم من بعض ، وان الله تعالى شدد عليهم في القول وبالغ في الموعظة ، فمن ذلك قوله (تعالى)[4] : (يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيظلك عن سبيل الله ، ان الذين يظلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب)[5] .

فاخبر انه الجاعل له خليفة فامره بالحكم بالحق ونهاه عن الهوى واخبر ان الهوى مضل[6] ، وان سبيله تعالى لا ضلال به ولا جور ، ثم اخبر عن المضلين عن سبيله ان لهم عذابا شديدا ، وانهم نسوا يوم الحساب لم يخافوه فركبوا الهوى وضلوا عن الهدى وقال : (وداود وسليمان اذ يحكمان في الحرث اذا نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين)[7]

---

(١) والله يقضي بالحق والذين من دونه لا يقضون بشيء (٢٠ غافر/ ٤٠) .

(٢) المؤمنون (٢٣/٦٢) .

(٣) الكهف (١٨/٤٩) .

(٤) الزيادة من نسخة تونس .

(٥)

(٦) في نسخة تونس : يضل عن سبيل الله .

(٧)

ثم اخبر انه فهمه سليمان وانهما جميعا آتاهما حكما وعلما ، وان ما حكما به صواب عنده ، لانه الذي شرعه وعلمه •

ثم قال لنبيه عليه السلام بعدما ذكر الانبياء عليهم السلام بان يقتدى بهم ويتبع ما شرعوه الا ما نسخه تعالى من شرائعهم وامره باستئناف الحكم في امته • فكل نبي حاكم وقته وقاضي اهل ملته وهو العياذ في امته والشمس لأهل شريعته[1] ، فأول حاكم بين المسلمين انما هو النبي صلى الله عليه وسلم •

فصـــــل

نسب الرسول

٨٦٠٨ ـ وهو ابو القاسم محمد بن عبدالله بن عبدالمطلب [واسمه شيبة الحمد][*] بن هاشم [واسمه عمرو][*] بن عبد مناف [واسمه المغيرة][2] بن قصي [واسمه زيد][*] بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر [وهو أبو قريش كلها][3] ابن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن الياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان •

فصـــــل

ميلاد النبي وتأريخه

٨٦٠٩ ـ وولد صلى الله عليه وسلم يوم الاثنين لليلتين خلتا من شهر ربيع الاول ، وقيل لعشر خلون •

---

(١) هذه العبارات من قوله « فكل نبى » لم ترد في نسخة تونس •

(*) من جوامع السيرة لابن حزم ، ص٢ •

(٢) من مختصر التأريخ لابن الكازروني •

(٣) من مختصر التأريخ لابن الكازروني ، ص٣٥ •

وقيل انه ولد يوم الجمعة واتفق الرواة انه ولد عام الفيل •

٨٦١٠ ـ ورضيت قريش بحكمه وهو ابن خمس وثلاثين[١] سنة •

بعثته

٨٦١١ ـ وبعث ليلة العشرين من شهر رمضان وقبل السابع عشر منه ، وفيها نزل القرآن وله اربعون سنة ، وقيل نيف واربعون وبقي بمكة ثلاث عشرة سنة وعشر بالمدينة ورجع الى المدينة ومرض بضع عشرة ليلة وتوفي يوم الاثنين لاثنى عشرة مضت من ربيع الاول سنة احدى عشرة ، ومات وله ثلاث وستون سنة •

في رواية ابن عباس وعائشة وابن المسيب •

وفي رواية ابي حنظلة مات وله خمس وستون سنة •

وفي رواية عمرو بن الزبير مات وله ستون سنة •

وكان يجلس في المسجد ويحكم بين الناس •

وهو الذي اقام الحدود •

وشرع بيان المجمل •

٨٦١٢ ـ وعلم الشرع وحكم وامضى والزم وحبس وقتل وقطع وبين احكام جميع ما قدمناه في هذا الكتاب وما لم نذكره فيه •

فصـــــل

٨٦١٣ ـ وكل امير امره وعامل استعمله فكانوا هم الذين يتولون احكام من ولاهم عليهم وفيهم كثرة •

فمن جملة من أمره على السرايا واستعمله على البلاد عمه حمزة[٢]

---

(١) في نسخة تونس : ثلاثين • هذا وقد جاء في مختصر التأريخ لابن الكازروني : لما بنيت الكعبة رضيت قريش بحكمه فيها وله خمس وثلاثون سنة •

(٢) في جوامع السيرة لابن حزم (ص١٧) انه (ص) بعث حمزة بن عبدالمطلب الى ساحل البحر من ناحية العيص •

رضى الله عنه ، وهو اول وال ولاه بعد دخول المدينة ثم عبيدة بن الحارث[1] [بن المطلب] .

ثم سعد بن ابي وقاص[2] .
ثم عبدالله بن جحش[3] .
ثم سالم بن عمير[4] .
ثم عبدالله بن أنيس[5] ومحمد بن مسلمة[6] .

---

(١) صحابي من قادة الفتح فتحت القادسية والمدائن على يده في خلافة عمر بن الخطاب واسلم على يد ابى بكر الصديق (رض) (مختصر التاريخ لابن الكازووني ، ص٣٩ و ٦٥ و ٦٦) وبعثه النبي (ص) الى الخـَرّار (جوامع السيرة لابن حزم ، ص١٧) .

(٢)

(٣) صحابي بعثه النبي (ص) الى نخلة (جوامع السيرة لابن حزم ، ص١٧) .

(٤) صحابي بعثه النبي (ص) الى ابى عفك من بني عمرو بن عوف ، فقتله (جوامع السيرة لابن حزم ، ص٢١) .

(٥) في جوامع السيرة (لابن حزم ، ص١٩) ان النبي (ص) بعث عبدالله بن أنيس الجهني لقتل خالد بن سفيان الهذلي فقتله عبدالله ، بعثه عليه السلام لذلك وحده ، وجعل له عليه السلام آية ان تأخذ عبدالله رعده ، فكان كما قال عليه السلام . اهـ .

وقد جاء في ترجمة عبدالله بن انيس في أسد الغابة (١١٩/٣) انه جهني ثم انصاري حليف بني سلمة من الانصار .

(٦) جاء في المعارف لابن قتيبة (ص٢٦٩) محمد بن مسلمة بن سلمة من بني حارثة بن الحارث بن الخزرج حليف لبني عبد الاشهل ، وكان يقال له فارس رسول الله (ص) واستخلفه في غزوة قرقرة الكُدر على المدينة . وكان اسود طويلا عظيما اصلع ، وشهد مع رسول الله (ص) بدراً والمشاهد كلها ، وأخذ بعد رسول الله (ص) سيفا من خشب ، وجعله في جفن ، ولم يشهد الجَمل ولا صفين ولا حارب في فتنة . اهـ .

وفي جوامع السيرة (ص١٧) انه (ص) بعث محمد بن مسلمة الانصاري الى قتل كعب بن الاشرف .

ثم عكاشة بن محصن[1] [الاسدي] ·

ثم أبو عبيدة بن الجراح[2] ·

ثم زيد بن حارثة[3] ·

---

(١) في جوامع السيرة لابن حزم (ص١٨) وبعث عكاشة بن محصن الاسدي الى الغَمْرة · وفي اسد الغابة (جـ٤ ص٢ ـ ٣) عكاشة بن محصن ابن حرثان الأسدي ، حليف بني عبد شمس يكنى ابا محصن كان من سادات الصحابة وفضلائهم ، هاجر الى المدينة وشهد بدراً ، وابلى فيها بلاء حسنا · وشهد احداً والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله (ص) وبشره رسول الله (ص) انه ممن يدخل الجنة بغير حساب ، وقتل في قتال اهل الردة في خلافة ابى بكر ، قتله طليحة بن خويلد الاسدي الذي ادعى النبوة · روى عن عكاشة ابو هريرة وابن عباس ·

وفي معجم ما استعجم : غَمْرة موضع ، وهو فصل بين نجد وتهامة من طريق الكوفة ، كما ان وَجْرَة فصل بين نجد وتهامة من طريق البصرة ·

(٢) في جوامع السيرة لابن حزم (ص١٨) : وبعث ابا عبيدة بن الجراح الى ذي القَصّة ، من طريق العراق · وفي أسد الغابة (٣٤٩/٥ و ٨٤/٢ ـ ٨٦) ابو عبيدة بن الجراح قيل اسمه عامر بن عبدالله بن الجراح وقيل عبدالله بن عامر والاول اصح · وهو عامر بن عبدالله بن الجراح بن هلال القرشي الفهري ، احد العشرة المشهود لهم بالجنة · وشهد بدراً واحداً وسائر المشاهد مع رسول الله (ص) وهاجر الى الحبشة الهجرة الثانية ، والى المدينة أيضا ، وكان يدعى القوي الامين وقال له أبو بكر الصديق يوم السقيفة : قد رضيت لكم أحد هذين الرجلين عمر بن الخطاب وابو عبيدة ابن الجراح ، وكان احد ا لامراء المسيرين الى الشام والذين فتحوا دمشق · توفى بطاعون عمواس سنة ثمان عشرة وعمره ثمان وخمسون سنة ، وبين عمواس والرملة أربعة فراسخ مما يلي البيت المقدس ، ولما حضره الموت استخلف معاذ بن جبل على الناس · اهـ ·

وفي معجم ما استعجم : ذو القصّة : موضع في طريق العراق من المدينة ، سمى بذلك لقَصّة في ارضه · والقصّة الجص ·

(٣) في جوامع السيرة (ص١٨) ، وبعث زيد بن حارثة الى الجَموم من ارض بني سُلَيم ·

ثم عبدالرحمن بن عـوف[1] ٠
ثم علي بن ابي طالب[2] ٠
ثم عبدالله بن رواحة[3] ٠
ثم كُـرْز بن جابر[4] ٠
ثم عمر بن الخطاب[5] ٠
ثم أبو بكر بن ابي قحافة[6] ٠

وفي معجم ما استعجم : الجموم بلد من أرض بني سُلَيمْ ٠ وماء آخر في ديار بني غَطَفان ٠

وفي أسد الغابة (٢/٣٤) زيد بن‌حارثة بن‌شراحبيل وهو مولى رسول الله (ص) وحبه اصابه سباء في الجاهلية ووهبته خديجة للنبي (ص) فاعتقه وتبناه حتى انزل الله تعالى (ادعوهم لآبائهم) فالغي التبني ، وآخى رسول الله (ص) بينه وبين حمزة بن عبدالمطلب (رض) ٠ وشهد زيد بن حارثة بدراً ، وهو الذي كان البشير الى المدينة بالظفر والنصر ، وزوجه رسول الله (ص) مولاته ام ايمن ، فولدت له اسامة بن زيد ، وكان زوج زينب بنت جحش ، وهي ابنة عمة رسول الله (ص) وهي التي تزوجها رسول الله (ص) بعد زيد نظراً لابطال التبني ٠

(١) في جوامع السيرة (ص٢٠) انه بعث عبدالرحمن بن عوف الى دُومة الجَنْدَل ٠

(٢) فيها ايضا ص١٨ : وبعث علي بن ابي طالب الى اليمن (و) الى بني عبدالله بن سعد من أهل فَدَك ٠

(٣) فيها ايضا (ص١٩) : وبعث عبدالله بن رواحة الى خيبر ٠

(٤) فيها ايضا (ص٢١) : وبعث كُرْز بن جابر خلف الذين قتلوا الرِّعاء وسَمَلُوا عيونهم ٠

(٥) فيها ايضا : وبعث عمر بن الخطاب الى تُرَبَة من ارض بني عامر ٠

(٦) وفيها ايضا (ص١٩) : وبعث ابا بكر (رض) الى فَزارى ٠

ثم بشير بن سعد[1] [الانصاري] •
ثم ابن ابي العوجاء السُلَمِي[2] •
ثم غالب بن عبدالله الليثي[3] •
ثم كعب بن عمير الغفاري[4] •
ثم عمرو بن العاص[5] •
ثم ابو قتادة[6] •
ثم خالد بن الوليد[7] •
ثم عتاب بن اسيد[8] •

---

(١) وفيها أيضا (ص١٨) : وبعث بشير بن سعد الانصاري ، من بني الحارث بن الخزرج الى ناحية خيبر •

(٢) وفيها أيضا (ص١٨) : وبعث ابن ابي العوجاء السلمي الى بني سُلَيم •

(٣) وفيها ايضا (ص١٨) : وبعث غالب بن عبدالله الليثي الى الكديد ، الى بني المُلَوّح من بني كنانة •

(٤) وفيها ايضا (ص١٩) : وبعث كعب بن عُمَير الغِفاري الى ذات أطلاح ، من ارض الشام •

(٥) وفيها ايضا (ص٢٠) وبعث عمرو بن العاص الى ذات السّلاسل من أرض بني عُذْرة ، وأمده بجيش عليهم ابو عبيدة •

(٦) ابو قتادة الأنصاري اسمه الحارث بن ربعي الانصاري الخزرجي السلمي فارس رسول الله (ص) وقيل اسمه النعمان قاله الكلبي وابن اسحق والحارث اكثر اختلف في شهوده بدراً ، وشهد احداً وما بعدها من المشاهد كلها • توفى بالكوفة في خلافة علي (اسد الغابة ص٢٧٤ — ٢٧٥ ، وانظر جوامع السيرة لابن حزم ، ص٢٨ و ١٩٨ — ١٩٩) •

(٧) في جوامع السيرة لابن حزم (ص٢٠) وبعث خالد بن الوليد الى بني جذّيمة من بني كنانة • (و) الى اليمن •

(٨) في المعارف لابن قتيبة (ص٧٣) كان عتاب بن اسيد بن ابي العيص بن امية عامل رسول الله (ص) على مكة • وفي جوامع السيرة (ص٢٣)

ثم عينة بن حِصْن[1] •
ثم قيس بن عاصم (المنقرى)[2] •
ثم الضحاك بن سفيان الكلابي[3] •
ثم علقمة بن مجزز[4] [المدلجي] •
ثم اسامة بن زيد[5] عقد له في مرضه •
فهؤلاء جملة من أمره على السرايا ، وفيهم من تكررت له السرايا ، وفيهم من لم تكرر وكل هؤلاء عقد له لواء ، وكل واحد من هؤلاء قد حكم وقضى فيما امر عليه وكل واحد ولي قبل الآخر على الترتيب الذي وصفناه •

٨٦١٤ ـ ومن عماله عليه الصلاة والسلام جماعة كانوا هم الحكام كمعاذ بن جبل[6] وابن اللبيّة •

←

انه (ص) ولاه مكة واقامة الموسم والحج بالمسلمين سنة ثمان ، وهو دون العشرين سنة •

(١) في جوامع السيرة لابن حزم (ص٢٠) وبعث عُيَيْنَة بن حِصْن ابن حُذَيفة بن بدر الفزاري الى بني العنبر من بني تميم •

(٢) في جوامع السيرة لابن حزم (ص٢٥) انه (ص) ولى قيس بن عاصم المِنقري والزبرقان بن بدر على صدقات بني سعد بن زيد مناة بن تميم •

(٣) في جوامع السيرة لابن حزم (ص٢٦) كان الضحاك بن سفيان الكلابي سيافه (ص) •

(٤) في جوامع السيرة (ص٢١) : وبعث علقمة بن مُجَزِّز المُدْلِجي •

(٥) فيها ايضا (ص٢١) وبعث اسامة بن زيد الى الشام ، وهو آخر بعوثه ، مات (ص) قبل ان يُنفذه ، فانفذه ابو بكر الصديق •

(٦) في مختصر التاريخ لابن الكازووني (ص٥٦) ان قضاته (ص) هم علي بن ابي طالب (ع) ومعاذ بن جَبَل وابو موسى الاشعري ، كل منهم ولى قضاء اليمن ، وفي جوامع السيرة لابن حزم (ص٣٠) ان الرسول (ص) بعث معاذ بن جبل الى حملة اليمن داعيا الى الاسلام •

ومنهم من نظر في أيام الخلفاء والائمة •

ونحن نذكر من ذلك عددا بحسب ما بلغنا ان شاء الله تعالى •

فصـــل

٨٦١٥ ـ اعلم ان كل امام ولى بعد النبي صلى الله عليه وسلم كان يقضي بين المسلمين ويجلس ويصل اليه القوي والضعيف •

ونحن نذكرهم على الولاء والترتيب ونذكر من قضاء كل واحد بما وقع الينا •

أبو بكر

٨٦١٦ ـ فاول خليفة قضى وامام حكم بين المسلمين ولم يختلف عليه ولا فيه الصحابة رضى الله عنهم انما هو ابو بكر عبدالله بن [ابى قحافة][١] عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مُرّة ، وفي هذا الاب يجتمع هو والنبي صلى الله عليه وسلم لان تيما اخو كلاب ابوهما مرة بن فهر فهو والنبي صلى الله عليه وسلم في القعدد[٢] الى مرة سواء ، وكل واحد هو الثامن في القعدد •

وأول امام في المسلمين كان من أهل الاجتهاد ، ولولا أنه كان كذلك لم يكن [جديراً] بان يولى الحكم والامر والنظر على المسلمين •

٨٦١٧ ـ ولا يجوز ان يكون القائم في الامة بعد النبي صلى الله عليه وسلم الا من يعلم الجميع انه يسد مَسده ، ويقوم مقامه ، لاسيما ولم يفرق في المسلمين مالا ولا استعان على الصحابة بعترة ورجال ، وهو الحاكم في

---

(١) من مختصر التاريخ للكازروني ، ص ٦١ •

(٢) القُعْدُد قريب من الجد الاكبر ، وكذلك قعدَد ، والقُعْدُد والقُعْدُد املك القرابة في النسب ، والقُعْدُد القربى والميراث ، القُعْدُد هو اقرب القرابة الى الميت • (لسان العرب) •

اهل الردة بما حكم والقائل في مسيلمة الكذاب ما قال حين ذكر له كلامه وقرآنه فقال : والله ما خرج هذا من نبي قط ، ففرق عند سماع ما سمع بين ما هو كلام الله أو كلام مخلوق وجاءته جدة تطلب حقها من الميراث فقال لا اجد لها في كتاب الله حقا .

وهذا قول لايجوز ان يقوله الا من كان اعلم الناس بالقرآن ومعانيه حتى قطع انه لا يجد فيه لها شيئاً في الوقت والحال من غير فكر ، الا انه قد تحقق ذلك بالحفظ فلما شهد المغيرة بن شعبة وعبدالرحمن بن عوف ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى الجدة السدس من ميراث ابن ابنها قضى بقولهما ورجع الى روايتهما ، وسلم لما سمع الرواية عمن يجب قبول قوله في الاحكام .

٨٦١٨ – ولى الخلافة وهو ابن ستين سنة وشهورا وفي يوم وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بويع وهو القائل للانصار :

يا معاشر الاوس والخزرج .

اما علمتم انا معاشر قريش اكرم العرب انسابا واثبتها احسابا ، وانا نزلنا من احيائها وموتاها منزلة الواسطة من القلادة ، وان العرب جيبت عنا كما جيبت الرحا عن القطب ، وانا عترة[1] النبي صلى الله عليه

---

(١) في لسان العرب في مادة (عتر) .

عترة الرجل اقرباؤه من ولد وغيره ، وقيل هم قومه دنيا ، وقيل هم رهطه وعشيرته الادنون من مضى منهم ومن غبر ، ومنه قول أبي بكر (رض) (نحن عترة رسول الله (ص) التي خرج منها ، وبيضته التي تفقأت عنه ، وانما جيبت العرب عنا كما جيبت الرحى عن قطبها) .

قال ابن الاثير لانهم من قريش والعامة تظن انها ولد الرجل خاصة وان عترة رسول (ص) ولد فاطمة (رض) هذا قول ابن سيده والى هذا ذهب فريق من الشيعة وهم الذين حصروا الخلافة في أولاد علي من فاطمة (رض) .

اما قوله (جيبت العرب عنا) فيتضح مما ورد في لسان العرب في

←

وسلم واصله والبيضة التي تفقأت عنه ، والخبر طويل • فسلموا ذلك له بنظر واذعان واعتراف له بالتقدم والعلم والسن •

٨٦١٩ ـ وكان عمره يومئذ ستين سنة وشهرين • [بويع له يوم الاثنين ثاني عشر شهر ربيع الاول سنة احدى عشرة وهو اليوم الذي توفى فيه رسول الله (ص)][١] •

وبقي له الامر سنتان واربعة اشهر وعشرة ايام[٢]

وقيل عاش ستين سنة وقيل ثلاثا وستين وقيل غير ذلك •

توفى في جمادي الآخرة سنة ثلاثة عشرة •

فصـــــل

٨٦٢٠ ـ ومن ولاته من الكفاة[*] عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، كان القاضي بالمدينة ينوب عنه[٣] وعلى مكة عتاب بن أسيد وعلى الحراسة[٤]

←

مادة (جوب) فقد جاء : جاب الشيء جوبا واجتابه خرقــه ، وكل مجوف قطعت وسطه فقد جبته وجاب الصخرة جوبا نقبها ، وفي التنزيل العزيز (وثمود الذين جابوا الصخر بالواد) قال الفراء : جابوا خرقوا الصخر فاتخذوه بيوتا ونحو ذلك ، وفي حديث ابي بكر (رض) قال للانصار يوم السقيفة ، انما جيبت العرب عنا كما جيبت الرحى عن قطبها اي خرقت العرب عنا فكنا وسطا ، وكانت العرب حوالينا كالرحى وقطبها الذي تدور عليه وانجاب عنه الظلام انشق • اهـ •

(١) من مختصر التاريخ لابن الكازروني ، ص٦١ •

(٢) في مختصر التاريخ لابن الكازروني (وثلاثة اشهر وتسعة ايام) •

(*) في نسخة تونس القضاة •

(٣) في مختصر التاريخ لابن الكازروني ص٦٤ « وقاضيه عمر بن الخطاب (رض) واقام سنة لم يختصم اليه احد » ، وفي تاريخ الرسل والملوك للطبري (ج٣ ص٤٣٦) ، وقال عمر أنا اكفيك القضاء ، فمكث عمر سنة لا ياتيه رجلان ، ويشير النباهي المالقي في كتابه تاريخ قضاة الاندلس(ص٢٢) الى تولية ابي بكر عمر بن الخطاب القضاء ويذكر المسعودي كذلك في التنبيه والاشراف (ص٢٤) ان عمر بن الخطاب كان قاضيا في عهد ابي بكر •

(٤) كذا يتبادر من قراءتها في النسخ المخطوطة من روضة القضاة

ابو عبيدة بن الجراح وعلى الطائف عثمان بن ابي العاصي وعلى صنعاء المهاجر بن امية وعلى حضرموت زياد بن لبيد(*) وعلى زبيد(١) ورِمع(٢) ابو موسى الاشعري وعلى الجند(٣) معاذ بن جبل وعلى البحرين العلاء بن الحضرمي(٤) وعلى نجران جرير بن عبدالله ثم عمرو بن العاص امره وبعثه نحو فلسطين ويزيد بن ابي سفيان وشرحبيل بن حسنة وخالد بن الوليد(٥) وعلقمة بن عبدالله ومعاوية بن ابي سفيان واسامة(٦) بن زيد وهذه جملة من

←

ولو عدنا الى تاريخ الرسل والملوك للطبري (٣/٤٢٦) لوجدنا فيه ما يمكن معه تصويب هذه العبارة فقد جاء فيه (ولما ولى ابو بكر قال له ابو عبيدة : انا اكفيك المال ، يعني الجزاء ، اي جمع جزية .

(*) في نسخة تونس : زياد بن ابيه .

(١) زبيد بلد باليمن معروف (معجم ما استعجم ج٢ ص٦٩٤) .

(٢) تقراء رافع ولم اجد في معجم ما استعجم لفظة رافع وانما ورد فيه (ج٢ ص٦٢٦) رادع فاعل قصر من قصور اليمن ، وهي المحافد عندهم وفيه (٢/٦٢٥) رابخ موضع بنجد ورابغ موضع بين المدينة والجحفة ، وهو من مر ومر منازل خزاعة .

وبعد الرجوع الى تاريخ الرسل والملوك للطبري (٣/٤٢٧) وجدت ان من عمال ابي بكر (على زبيد ور مع ابو موسى الاشعري) وفي معجم ما استعجم (٢/٦٧٤) رِمع ارض باليمن قبل زبيد ، وهي من المخاليف التي تعظم اعنابها ، حتى لا يحمل الرجل الجَلِد منها اكثر من عنقود واحد ، وتنسج في رمع البرود الجياد .

(٣) كذا وفي معجم ما استعجم جُند جبل باليمن وفي اسد الغابة (٤/٣٧٧) ان رسول الله (ص) ارسل معاذ بن جبل الى اليمن فلم يزل بها حتى توفى رسول الله (ص) .

(٤) ترجمته في أسد الغابة (٤/٧) وفيها انه من حضرموت حليف حرب بن امية ، ولاه النبي (ص) اليحرين ، وتوفى النبي (ص) وهو عليها فاقره ابو بكر خلافته كلها ثم اقره عمر وتوفى في خلافة عمر سنة اربع عشرة وقيل توفى سنة احد وعشرين والياً على البحرين .

(٥) في نسخة تونس : خالد بن سعيد .

(٦) في نسخة تونس : اسامة بن سعيد .

اصحابه واعوانه[١] •

فصـــــل

عمر بن الخطاب

٨٦٢١ - نص على امير المؤمنين عمر بن الخطاب بن نوفل بن عبدالعزي ابن رباح بن عبدالله بن قرط بن رباح بن عدي بن كعب ، وكعب يجمع النبي صلى الله عليه وسلم وابا بكر وعمر قيل انه ولى وله اثنان وخمسون سنة وشهور •

ولم يختلف عليه اثنان ولا شُهِر في وجهه سيف •

وهو الذي صلى على ابي بكر ودفنه رضى الله عنهما •

وامه حنتمة بنت هشام بن المغيرة [المخزومي][٢] •

٨٦٢٢ - فقام بالامر احسن قيام ، ونظمه احسن نظام ، وتفتحت الدنيا على يديه وظهر الاسلام في وقته ، ومضت دولة الفرس على يديه ، ودون الدواوين ووضع الخراج وطبق طبقات اهل الذمة والبسهم الغيار[٣] •

(١) لم يذكر السمناني في هذا الموضوع اسماء ولاة آخرين ولاهم ابو بكر اعمال بلاد اخرى وتتمة لذلك رجعنا الى تاريخ الرسل والملوك (٤٢٧/٣) فوجدناه يذكر ما يلي : (وعلى خولان يعلي بن امية) •

(وبعث بعبدالله بن ثور احد بني الغوث الى ناحية جرش) •

(وبعث عياض بن غنم الفهري الى دومة الجندل) •

(٢) من مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص٦٥) •

(٣) كذا ايضا في نسخة تونس والغيار في اللغة والغيرة بالكسر الميرة وقد غارهم يغيرهم وغارلهم اي مارهم ونفعهم وغارهم الله بخير ومطر يغيرهم غيرا وغيارا ويغورهم اصابهم بمطر وخِصب والاسم الغيرة ، كذا في لسان العرب ، فقول السمناني البسهم الغيار لا وجه له ولعله أراد البسهم الزنار فصحف النساخون عبارته • أو لعل العبارة مصحفة من الزمهم الغيار اى الميرة أي ضيافه من يمر بهم من المسلمين مدة معينة • أو لعل المقصود بها حديث ابن مسعود حين اقترح على عمر ان يغير القَوَد بالدية اذا عفى بعض أولياء القتيل دون بعض (لسان العرب ٣٤٧/٦) •

٨٦٢٣ ـ وهو القائل في اول خطبة خطبها :

ان الحجاز ليست لكم بدار الا على النُّجعة[١] ، ولا يقوى عليه اهله الا بذلك ، اين الطُّراء[٢] المهاجرون عن موعود الله ! سيروا في الارض التي وعدكم الله ان يورثكموها فانه قال تعالى :

« ليظهره على الدين كله » والله مظهر دينه ومعز ناصره ، ومولي اهله مواريث الامم اين عباد الله الصالحون[٣] ؟!

حتى ابتدر اليه ابو عبيد بن مسعود[٤] .

---

(١) النجعة طلب الكلأ والعُرْف .

(٢) الطراء ههنا ينبغي ان تكون جمع طرير وفي اللغة رجل طرير ذو طرة وهيئة حسنة وجمال وقيل هو المستقبل الشباب . ابن شميل رجل طرير وما اطره اي ما اجمله وما كان طريرا وقد طر ، ويقال رأيت شيخا جميلا طريرا وقوم طرار بينوا الطَّرارة ، والطرير ذو الرواء والمنظر ، وسِنان طرير ومطرور محدد (لسان العرب) .

(٣) نص هذه الخطبة في تاريخ الطبري المسمى بتأريخ الرسل والملوك (٣/٤٤٥) وفيه ايضا ان اول منطق نطق به حين استخلف انما مثل العرب مثل جمل أنف اتبع قائده فلينظر قائده حيث يقود ، واما انا فورب الكعبة لاحملنهم على الطريق (٣/٤٣٣ منه) .

(٤) أبو عبيد بن مسعود عمرو بن عمير بن عوف بن عقدة بن غيرة بن ثقيف الثقفي والد المختار بن ابي عبيد ، ووالد صفية امرأة عبدالله بن عمر ، اسلم في عهد رسول الله (ص) ثم ان عمر بن الخطاب (رض) استعمله ثلاث سنين وسيّره الى العراق في جيش كثيف منهم جماعة من اهل بدر واليه ينسب الجسر المعروف بجسر ابي عبيد ، وانما نسب اليه لانه كان أمير الجيش في الوقعة التي كانت عند الجسر ، فقتل ابو عبيد ذلك اليوم شهيدا وكانت الوقعة بين الحيرة والقادسية وتعرف الوقعة ايضا بيوم قس الناطف ويوم المروحة .

وكان أمير الفرس مردانشاه بن بهمن .

وكانوا جمعا كثيرا فاقتتلوا وضرب أبو عبيد ململمة فيل كان مع الفرس .

←

وسعد بن عبيد [الانصاري حليف بني فزارة][1] .

وسَليط بن قيس[2] .

٨٦٢٤ ـ وله في القضاء كتب ليس لاحد مثلها ولا اجمع منها ولا ادل على علمه منها[3] ، فمن ذلك كتابه الى ابي موسى الاشعري وقد تقدم في هذا الكتاب ، ونحن نعيده حتى تغنى من لا يذكره عن طلبه[4] .

ذكر الوليد بن معد ان عمر بن الخطاب كتب الى ابي موسى الاشعري، « اما بعد »

→

واستشهد ابو عبيد واستشهد معه من الناس الف وثمانمائة وحمى المثنى بن حارثة الشيباني الناس حتى نصب الجسر فعبر من سلم عليه (اسد الغابة ٥/٢٤٨ ـ ٢٤٩) .

وفي تاريخ الرسل والملوك (٣/٤٤٥) تعليل توليه الخليفة عمر بن الخطاب اياه قيادة الجيش الذي بعث به الى العراق وتقديمه على المهاجرين والانصار حيث قال رداً على من اقترح تولية قائد من المهاجرين والانصار : اولى بالرياسة منكم من سبق الى الدفع واجاب الى الدعاء ! والله لا اؤمر عليكم الا اولهم انتدابا ، ومع ذلك فقد اوصى قائده بان يتخذ من المهاجرين والانصار مجلسا حربيا له واصدر اليه تعليماته الحربية قائلا اسمع من اصحاب النبي (ص) واشركهم في الامر ولا تجتهد مسرعا حتى تتبين ، فأنها الحرب والحرب لا يصلحها الا الرجل المكيث الذي يعرف الفرصة والكف (٣/٤٤٥ منه) .

(١) الزيادة من تأريخ الرسل والملوك (٣/٤٤٢) وفيه ان سعد بن عبيد هرب يوم الجسر فكانت الوجوه تعرض عليه بعد ذلك فيأبى الا العراق، ويقول ان الله عز وجل اعتد علي فيها بفرّة ، فلعه ان يرد علي فيها كرّة .

(٢) في سليط بن قيس قال عمر بن الخطاب (رض) (٣/٤٤٥ من تأريخ الرسل والملوك) انه لم يمنعني ان اؤمر سليطا الا سرعته الى الحرب، وفي التسرع الى الحرب ضياع الا عن بيان .

(٣) يراجع نص كتابه في القضاء وتعليقنا عليه في كتاب نصوص قانونية وشرعية (ص ١٩٣ ـ ١٩٦) من الطبعة الثانية ويراجع كتاب اعلام الموقعين .

(٤) في نسخة تونس : وقد تقدم في هذا الكتاب فلا فائدة لاعادته هنا.

فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم اذا ادلى اليك بحجة ، وانفذ الحق اذا وضح فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، آس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ولا يطمع الشريف في حيفك .

البينة على من ادعى ، واليمين على من انكر .

والصلح جائز بين المسلمين الا صلح حرم حلالا أو احل حراما ولا يمنعك قضاء قضيته فراجعت فيه نفسك ، وهديت فيه لرشدك ان تراجع فيه الحق فان الحق قديم ، فلا تبطل الحق ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل .

الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ، ولا سنة النبي (ص) .

ثم اعرف الاشباه والامثال فقس الامور عند ذلك فاعمل باقربها الى الله واشبهها بالحق واجعل لمن يطلب حقا غائبا أو شاهدا امدا ينتهي اليه ، فان احضر بينة اخذت له بحقه او الا وجهت القضاء عليه فانه ابلغ في العذر واجلى للعمى .

المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد أو مجربا في شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة فان الله تعالى تولى منكم السرائر ودراء عنكم بالبينات والايمان واياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس .

واسكن عند الخصومة فان القضاء في مواطن الحق يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر ومن خلصت نيته في الحق ولم يثن لها على نفسه رأف الله به ، ومن تزين بما يعلم الله انه ليس في قلبه شأنه الله به ، فما ظنك بثواب الله تعالى مع عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام عليك » .

٨٦٢٥ ـ وهذا الكلام لا يصدر الا من رجل من اهل الاجتهاد ، لانه قد جمع فيه من مواضع الاجتهاد والحكم ما لو اراد كل فقيه في الارض

ان يقول مثله لما قدر عليه مع قلة حجمه وبيان الفاظه ومعانيه ٠

مقتله

٨٦٢٦ ـ وقتل يوم الاربعاء لاربع بقين من ذي الحجة سنة ثلاث وعشرين بعد ما عاد من الحج وهو ابن ثلاث وستين سنة وفيه خلاف وقيل قتل لثلاث بقين ، وكانت خلافته عشرة سنين وستة اشهر واربعة ايام ٠

وقيل سبعة عشر يوماً ، وبقي مجروحا ثلاثا ثم مات ٠

فصـــــل

نوابه في البلاد

٨٦٢٧ ـ ومن جملة اصحابه ونوابه في البلاد والاحكام عبدالله بن مسعود وابو عبدالرحمن بن عاقل (؟) بن خليف[١] بدري ولاه قضاء الكوفة هو العالم العظيم الشأن وله كل عجيب في الفقه توفي سنة اثنين وثلاثين بالمدينة ، وله تسع وسبعون سنة في خلافة عثمان بن عفان ٠

٨٦٢٨ ـ وقضاة عمر فكثير[*] لاتساع البلاد وانتشار الدعوة ، وذكر

---

(١) ورد هذا الاسم في روضة السمناني مشوها على النحو المذكور وانما هو عبدالله بن خلف الخزاعي ابو طلحة الطلحات ، قال ابن عبدالبر في الاستيعاب (ص٨٩٥) انه كان كاتبا لعمر بن الخطاب (رض) على ديوان البصرة لا اعلم له صحبة وفي ذلك نظر (وهـذا لا يتعارض مـع ما ذكره السمناني من ان عمر بن الخطاب (رض) ولاه قضاء الكوفة لان التوفيق بين الولايتين ممكن اذا ما قيل بأنه تولى الولايتين على التعاقب ٠

(*) في التنبيه والاشـراف للمسـعودي عند ذكره خلافة عمر ان (قاضيه امية شريح بن الحارث بن قيس ، وقيل ان اول من قضـى لعمر بالعراق سليمان بن ربيعة الباهلي) ٠ وبعد ذلك السائب بن يزيد بن اخت النمر الكندي (ص٢٥٣) ، والقاضي بمصر قيس بن ابي العاصي السهمي ثم كعب بن يسار ٠ وفي تاريخ الرسل والملوك (١٨٩/٣) ، وجعل (عمر) على قضا الناس عبدالرحمن بن ربيعـة الباهلي ذا النور ، وجعل اليـه الاقباض وقسمه الفيء ، وجعل داعيتهم ورائدهم سلمان الفارسي ٠

كل من ولى فلا يمكن لانه يحتاج الى كتاب اكبر من هذا الكتاب غير ان منهم علي[1] وزيد بن ثابت[2] رحمه الله .

---

(١) في تاريخ الرسل والملوك للطبري (٣/٤٧٩) ، وكان عامل عمر في هذه السنة (سنة ١٣هـ) علي بن ابي طالب .

(٢) وردت ترجمة زيد بن ثابت بن الضحاك الانصاري الخزرجي ثم البخاري في اسد الغابة (٢/٢٢١ ـ ٢٢٣) ، انه انه كان يكتب لرسول الله (ص) الوحي وغيره وانه تعلم السريانية بأمره . وفي مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص٦٩) ان زيد بن ثابت كان من كتاب عمر ، وان زيد بن ارقم كان على بيت المال لعمر بن الخطاب (رض) وان قضاته هم زيد بن اخت النمر بالمدينة وابو امية شريح بن الحارث الكندي بالكوفة وفي هذا المرجع ايضا ، يقال ان شريحا هذا اقام قاضيا خمسا وسبعين سنة الى ايام الحجاج فعطل منها ثلاث سنين وامتنع من الحكم وذلك في فتنة ابن الزبير ولما تولى الحجاج استعفاه فاعفاه ، وتوفي سنة تسع وسبعين وله مائة وعشرون سنة . وجاء في تأريخ الرسل والملوك للطبري (٤/٢٤١) .

قيل كان على قضاء الكوفة في السنة التي توفى فيها عمر بن الخطاب (رض) شريح ، وعلى البصرة كعب بن سور .

واما مصعب بن عبدالله فانه ذكر ان مالك بن انس روى عن ابن شهاب ان أبا بكر وعمر (رض) لم يكن لهما قاض .

وهكذا نجد ان الروايات مختلفة في صدد تولية القضاء في زمن ابي بكر وعمر ويستفاد مما ذكره السمناني ان مرد هذا الاضطراب في الروايات ان القضاء يومئذ لم يكن وظيفة مستقلة ولا خطة متميزة من وظائف الدولة الاسلامية وخططها وانه بموجب اعراف التنظيم الحربي لجيوش الفتح في ذلك العهد كان امراء الجيوش يضطلعون بالحكم في المنازعات الشخصية بين المجاهدين فكان كل امير من امراء جيوش الفتح قائدا وقاضيا . والظاهر ان الخلفاء عينوا في الاقاليم المفتوحة قضاة ولكن خطة القضاء لم تكن مستقلة يومئذ فكان القاضي يضطلع بمهمة تعليم المسلمين في المعسكرات الجديدة (الامصار) شؤون الدين والقضاء في المنازعات كما كان التحكيم الاختياري بين افراد القبائل يقوم بقسط من مهمة القضاء ، واما قول من قال بان

←

فصــــل

أصحاب الشورى

٨٦٢٩ ـ ثم نص على ستة انفس من المهاجرين عثمان وعلي وطلحة والزبير وسـعد [بن أبي وقاص][١] وعبدالرحمن بن عوف ، وكـانت الشورى ثلاثة ايام فاختار عبدالرحمن عثمان رضى الله عنهما ، ورضى بذلك الجماعة ، ووقع الرضا من جميع الناس به .

خلافة عثمان بن عفان ذي النورين

نسب عثمان

٨٦٣٠ ـ وهو ابو عمرو وقيل ابو عبدالله عثمان بن عفان بن ابي العاص بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف ، يجتمع هو والنبي (ص) في عبد مناف ، ويجتمع مع النبي (ص) من جهة الام في عبدالمطلب، جدته اروى بنت عبدالمطلب[٢] ، وهي وعبدالله ابو النبي صلى الله عليه وسلم ولدا في حمل واحد[٣] .

سيرته

٨٦٣١ ـ وله مفاخر، وكان يحفظ القرآن ، وصلى به في ركعة واحدة ، وله في القضاء حكايات واخبار ، وهو صهر رسول الله صلى الله عليه وسلم

الخليفتين لم يكن لهما قاض فيمكن حمله على انه لم يكن لهما في المدينـة قاض يكفيهم النظر في المنازعات لان الخلفاء كانوا يضطلعون بذلك بانفسهم كما كان التحكيم يحسم كثيرا من المنازعات البسيطة .

(١) من مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص٧٠) .

(٢) كذا وفي مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص٧١) ان « امه اردى بنت كريز بن ربيعة بن حبيب بن عبد شمس ، وامها البيضاء عمة رسول الله (ص) .

على ابنتيه ، وكلامه في الاعتذار فيما قذف به لا يحسن احد من العلماء ان يجيب باحسن منه •

٨٦٣٢ ـ وقتل يوم الجمعة قيل لثمان عشرة ليلة مضت من ذي الحجة سنة خمس وثلاثين وهو ابن سبعين سنة وقيل له نيف وثمانون سنة •

٨٦٣٣ ـ واتفقوا انه ولي سنة اربع وعشرين سنة ، وقد قيل انه كان عمره اثنين [و] ثمانين سنة وبقي له الأمر احد عشرة سنة واحد عشر شهرا وتسعة عشر يوما •

[كاتبه مروان بن الحكم •

وقاضيه كعب بن سُور وعثمان بن قيس بن ابي العاص •

واما اميره بمصر فاخوه من الرضاعة عبدالله بن سعد بن ابي سرح •

وحاجبه حُمران مولاه •

وصاحب شرطته فعبدالله بن قنفذ التميمي وهو اول من اتخذ شرطة]•

فصـــــل

علي بن أبي طالب

٨٦٣٤ ـ ثم ولي بعده الأمر ابو الحسن علي بن ابي طالب بن [عبد مناف بن](٢) عبدالمطلب امير المؤمنين رضي الله عنه •

يجتمع هو والنبي (ص) في عبدالمطلب وهو اقرب الخلفاء اليه من الآباء ، وامه فاطمة بنت اسد بن عبد العزي(٣) بن هاشم ، أول هاشمية ولدت هاشميا •

---

(١) من مختصر التاريخ لابن الكازروني ، ص٧٣ ، ومعذلك فقد جاء في التنبيه والاشراف للمسعودي (ص٢٥٤) « قال محمد بن يحي ابو غسان : لم اسمع احداً من اهل العلم يذكر ان عثمان استقضى احداً حتى مات » وفيه ايضا قال يونس عن الزهري ما اتخذ رسول الله (ص) قاضيا ولا ابو بكر ولا عمر •

(٢) مختصر التاريخ لابن الكازروني ، ص ٧٥ •

(٣) في مختصر التاريخ (ص ٧٥) اسد بن هاشم •

بيعته

٨٦٣٥ ـ بويع في ذي الحجة سنة خمس وثلاثين وهو ابن ثلاث وخمسين سنة وثلاثة اشهر ، وجرح صبيحة يوم الجمعة السابع عشر من شهر رمضان ، وفارق الدنيا يوم الاحد التاسع عشر من سنة اربعين وكانت ولايته خمس سنين الا ثلاثة اشهر قتله ابن ملجم المرادي وفيه يقول النبي (ص) اشقى الاولين من قتل ناقة صالح ، واشقى الاولين والآخرين من خضب هذه من هذه •

وقيل قتل وله ثمان وخمسون سنة •

وقيل خمس وستون •

وقيل ستون سنة •

كل هذا قد روى فيه •

٨٦٣٦ ـ وهو الذي ولاه النبي (ص) قضاء اليمن في حياته ، وقال فيه اقضاكم علي وولى القضاء في زمن عمر ، وكان يشاوره فيما يمضيه من الاحكام ، ويرجع الى فتواه وانما كثر علمه لطول زمانه بعد الخلفاء وانتشرت قضاياه •

قضاته

٨٦٣٧ ـ وله عدة قضاة ، منهم من هو من قضاة من كان قبله ، ومنهم من ولاه هو القضاء وسنذكر منهم عددا من الصحابة والتابعين ، فمنهم ابن عباس أبو العباس[1] •

---

(١) كان ابن عباس قاضيا لعلي على ما ذكره السمناني اما ابن الكازروني فلم يذكر ابن عباس قاضيا ولا واليا لعلي ، فقد اكتفى بالقول بان قاضي علي كان شريح بن الحارث (مختصر التاريخ له • ص ٧٧) •

وشريح [بن الحارث بن قيس][1] •
والخلق الكثير من الناس •

الحسن بن علي

٨٦٣٨ – ثم ولى الامر بعده ابنه ابو محمد الحسن سبط النبي (ص) بايعه اهل العراق وكان اشبه الناس برسول الله (ص) •

وله مع معاوية اخبار ومكاتبات وحكم وقضا ، وقتل ابن ملجم وقام بالامر ، وله خطب وكلام بليغ وسلم الامر الى معاوية بعد اربعة اشهر ثم اعتزل ، وقيل ستة اشهر وثلاثة ايام ، وانكفأ الى المدينة ، وكان يأخذ من معاوية كل سنة أربعين ألف درهم ، سوى الصلات ، وتوفى سنة خمسين[2] بالمدينة وهو ابن ثمان واربعين سنة[3] وقيل تسع واربعين وصلى عليه سعيد ابن العاص وكان امير المدينة •

[قاضيه قاضي ابيه وكذا كاتبه][4] •

---

(١) لم يذكر المسعودي في التنبيه والاشراف من قضاة علي غير شريح (ص٢٥٨ منه) وشريح كان على القضاء منذ عهد عمر فأقره علي عليه ، واستمر على القضاء في الفترة التي بويع فيها للحسن (ايضا ص٢٦١) • وفي المعارف لابن قتيبة (ص٤٣٣ – ٤٣٤) ترجمة اوفى لشريح فيها انه شريح بن الحارث الكندي ، استقضاه عمر على الكوفة ، ولم يزل بعد ذلك قاضيا خمسا وسبعين سنة ، لم يتعطل فيها الا ثلاث سنين امتنع فيها من القضاء في فتنة ابن الزبير فاستعفى شريح الحجاج من القضاء فاعفاه فلم يقض على الناس حتى مات سنة تسع وسبعين ويقال سنة ثمانين ، وكان يكنى ابا امية ، وعـُمر مائة وعشرين سنة ، وكان مزاحا الخ •

وانظر جوامع السيرة لابن حزم (ص٣٢٩) وقد ذكره بين اهل الكوفة بعد الصحابة •

(٢) في مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص٨٠) سنة تسع واربعين •

(٣) في مختصر ابن الكازخروني ايضا : « وله سبع واربعون سـنة على خلاف في ذلك » •

(٤) من مختصر ابن الكازروني (ص٨٠) •

الدولة الأموية

معاوية بن صخر

٨٦٣٩ – ثم ولي ابو عبدالرحمن معاوية بن [ابي سفيان][١] صخر ابن حرب بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف ، ويجتمع مع النبي (ص) في عبد مناف من جهة ابيه ومن جهة امه لانها هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف •

سيرته

٨٦٤٠ – وهو الذي قام بالجمع يوم صفين ، وما جرى له من الامور ليس هذا محل لذكره • بايع له اهل الشام في زمن علي بن ابي‌طالب (رض) واجتمع الناس عليه في جمادى الاولى سنة احدى واربعين •

٨٦٤١ – وتوفي بدمشق في رجب سنة ستين وقد ناهر الثمانين ، وبقي في الامر تسع عشرة سنة وثلاثة اشهر ، وقيل عشرين يوما ، وكان عظيما حليما يقول الشعر ثم تركه •

٨٦٤٢ – وكان يتولى القضاء والحكم بنفسه وله جماعة على البلاد في الاحكام •

منهم عمرو بن العاص بمصر أمير مصر الى ان توفي في ليلة الفطر من سنة ثلاث واربعين وولى عوضه اخاه عُتبة بن ابي سفيان ثم مات فولى عوضه عقبة بن عامر الجُهَني ثم صرفه وولى عوضه مسلمة بن مَخلد الانصاري •

واما قضاته ففضالة بن عبيد الانصاري ، وعلى مصر سليمان بن عنز الانصاري عشرين سنة الى ان مات معاوية][٢] •

---

(١) ايضا (ص٨١) •

(٢) من مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص٨١ – ٨٢) وقد اضطررنا الى تكملة الروضة بما ورد في سائر المراجع • نظرا لاقتضاب ما ذكره السمناني فيها بعد ذكره عمرو بن العاص : (ومروان بن) وهي جملة ناقصة واقتضاب مشوه من فعل النساخين على ما يظهر • وفي نسخة تونس : ومروان بالمدينة •

٨٦٤٣ ـ وهو الذي مهد الدولة الاموية وبنى اسها ، وهو اعظم من شوهد فيها •

٨٦٤٤ ـ ووفد عليه من بقي من الصحابة (رض) بالمدينة والعراق كقيس بن سعد وعبدالله بن جعفر وسائر آل أبي طالب وكان متوصلا الى اغراضه فاستخلف ابنه خالد يزيد بن معاوية ثم نظر بالنص عليه بعده •

يزيد بن معاوية

٨٦٤٥ ـ وبايع الناس له في شهر ربيع الآخر سنة احدى وستين وتوفى لاربع عشرة ليلة من شهر ربيع الاول سنة اربع وستين ، وبقى له الامر هذه المدة[1] •

بيعة الحسين

٨٦٤٦ ـ وفي وقته بايع اهل العراق ابا عبدالله الحسين بن علي بن ابي طالب (رض) سبط الرسول عليه الصلاة والسلام ولم يستكمل له الامر ولا تمكن من النظر والولاية •

وقتل [بالطف][2] يوم السبت عاشر المحرم سنة احدى وستين وله

←

هذا وقد جاء في تاريخ قضاة الاندلس للنباهي (ص٢٤) ان معاوية لما افضى الأمر اليه « جرى بجهده على سنن من تقدمه من ملاحظة القضاة ، وبقي الرسم على حذو ترتبه زمانا ثم فتر في ايام يزيد بن عبدالملك وابنه الوليد الى ان ظهر بنو العباس فظفروا بالملك فاشتدوا في شأن القضاء وتخيروا للاعمال الشرعية اصدق العلماء » •

وجاء في التنبيه والاشراف للمسعودي (ص٢٦٢) ان فضالة بن عبيد الانصاري كان على قضاء معاوية •

(١) لم يذكر السمناني قضاة يزيد وقد جاء في مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص٨٤) ، والتنبيه والاشراف (ص٢٦٥) ان قاضيه هو ابو ادريس الخولاني ، وفي مختصر التاريخ (ص٨٤) ايضا ان قاضيه على مصر سعيد بن يزيد الازدي وان اميره على مصر مسلمة بن مخلد ، ثم توفى فولى عوضه سعيد بن يزيد الازدي •

(٢) من مختصر التاريخ لابن الكازروني ، ص٨٣ •

تسع وخمسون سنة وثلاثة اشهر وثلاثة ايام •

وقتل معه جماعة من ولده •

وهو وعثمان سبب بوار العالم الى آخر الزمان •

فصـــــل

معاوية بن يزيد

٨٦٤٧ ـ ثم ولي الامر بعد يزيد معاوية ابنه [وهو] ابو ليلى ويقال ابو عبدالرحمن ، بقي له الامر ثلاثة اشهر واثنان وعشـرون يوما وقيل اربعون يوما •

فصـــــل

ثورة الزبيريين

عبدالله بن الزبير

٨٦٤٨ ـ وممن ملك الأمر وبويع له في ايام يزيد وابنه ، ابو بكر عبدالله بن الزبير بن العوام اول مولود ولد بعد الهجرة بالمدينة •

وحج بالناس سنة ستين ولم يكن بويع له ، ثم حج سنة احدى وستين •

وبويع له بعد موت معاوية بن يزيد[1] واستولى على الحجاز وبقي في الامر يحكم ويمضي الى جمادى الآخرة سنة ثلاث وسبعين •

وقتله الحجاج يوم الثلاثاء لخمس بقين من جمادى الآخرة سنة ثلاث وسبعين وعاش بعد عبدالله بن العباس في رواية خمس سنين ، وفي اخرى ثلاث سنين •

---

(١) في مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص٨٦) بويع له بمكة لسبع ليال بقين من رجب سنة اربع وستين ، بعد ان اقام الناس بغير خليفـــة جُماديين واياما من رجب ، وبايعه اهل العراق • وولى اخاه مصعبا البصرة •

وولى عبدالله بن مطيع الكوفة ، فوثب المختار على الكوفة فاخذها ، ووجه ابن سميط الى البصرة فقتله مصعب وسار الى المختار فقتله في سنة سبع وستين •

[وقاضيه عابس بن سعيد ، وكاتبه رميل بن عمر ، وكان اميره على مصر عبدالرحمن بن عتبة بن جحدم][1] .

فصـــل

مروان بن الحكم

٨٦٤٨ - ثم بويع ابو عبدالملك مروان بن الحكم بن ابي العاص بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف في ذي القعدة وقيل في رجب سنة اربع وستين ، وبقي في الامر الى مستهل شهر رمضان سنة خمس وستين ، فمن الناس من قال بقي في الامر سنة وشهرا وعشرين يوما وقيل تسعة اشهر .

وفي وقته خرج الضحاك بن قيس ابو انيس ودعا الى نفسه ، وقتله مروان بمرج راهط سنة اربع وستين .

[وقاضيه ابو ادريس الخولاني][2] .

فصـــل

عبد الملك بن مروان

٨٦٤٩ - ثم ولى عبدالملك بن مروان بن الحكم ابو الوليد .

بويع ليلة الاحد في شهر رمضان سنة خمس وستين وبقى في الامر الى شوال سنة ست وثمانين .

وكان عظيما في الدولة يستعمل الكفاة والعظماء .

وفي وقته خلع المختار بن ابي عبيد بن الزبير وبايع ابا القاسم محمد

---

(١) من مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص ٨٧) .

(٢) التنبيه والاشراف (ص ٢٦٩) ، ومختصر التاريخ لابن الكازروني (ص٨٨) . وابو ادريس الخولاني من بني خولان بن عمرو بن مالك من سبأ (جمهرة انساب العرب لابن حزم ص٣٩٣) ومن قضاه مروان عبدالله ابن الحارث بن نوفل بن الحارث بن عبدالمطلب ولاه مروان قضاء المدينة وهو اول من ولى القضاء بالمدينة ، وكان يشبه رسول الله (ص) (جمهرة انساب العرب لابن حزم ، ص٦٣) .

ابن الحنفية ، وكان [عبدالملك] عظيما عالما ، مات في شهر ربيع الأول ، وهو ابن خمس وستين سنة ولم يستكمل امره •

وفي وقته خرج ابو امية عمرو بن سعيد بن العاص بن امية ، ادعى ان مروان جعل اليه الخلافة ودعا الى نفسه ، وقتله عبدالملك ، ويعرف بالاشدق ، وفي وقته خرج عبدالرحمن بن الاشعث وخلع عبدالملك بن مروان في سنة احدى وثمانين ، وحاربه الحجاج بن يوسف وهزمه بدير الجماجم ثم قتل بعد ذلك ، وكان عبدالملك بن مروان يرجع الى علم ونجابة وفضل كبير ، وهو من اكابر بني امية ، وفي ايامه فتح موسى بن نصير كثيرا من اعمال المغرب • وكان قاضيه ابو ادريس الخولاني وعبيدالله بن قيس • وكان اميره على العراق الحجاج بن يوسف الثقفي وعلى مصر اخوه عبدالعزيز بن مروان[1] •

فصل

الوليد بن عبد الملك

٨٦٥٠ – ثم ولي بعده ابو العباس الوليد بن عبدالملك بن مروان بويع له في النصف من شوال سنة ست وثمانين ، وتوفى يوم السبت لنصف من جمادي الآخرة سنة ست وتسعين وبقى له الامر تسع سنين وثمانية اشهر •

وقيل سبعة اشهر وخمسة عشر يوماً ، وفي وقته مات الحجاج بن يوسف •

وامه من بني حزن بن الحارث اسمها ولادة • وهو الذي بنى مسجد دمشق وزاد فيه كنيسة النصارى وهو أول من اتخذ المارستان للمرضى ودار الضيافة وولى عمر بن عبدالعزيز المدينة فاقام واليها سبع سنين وخمسة اشهر ، وشيد مسجد النبي • وفي ايامه فتح اخوه مسلمة الطوانة من بلاد

(١) مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص٨٩ و ٩٠) والتنبيه والاشراف ص٢٧٣ •

الروم وبلاد الاندلس وطليطلة وفتح في ايامه عدة بلاد من السند[1] •

[وقضاته عبدالله بن عبدالرحمن وعياض بن عبيدالله وعبدالملك بن رفاعة][2] •

وسنذكر من عرف بالقضاء في دولتهم بعد الفراغ من ذكرهم •

فصل

سليمان بن عبد الملك

٨٦٥١ – ثم ولى بعده ابو ايوب سليمان بن عبدالملك بويع له في يوم توفي الوليد ، وهو نصف جمادى الآخرة سنة ست وتسعين ، وتوفى لعشر بقين من صفر سنة تسع وتسعين وبقي له الامر سنتان وثمانية اشهر وخمسة ايام ، وامه بنت العباس العبسية •

وله اخبار وحكايات في مدة نظره وليس القصد ذكر ذلك وانما هو من جملة الحكام • قاضيه محمد بن حزم وكاتبه يزيد بن المهلب[3] •

فصل

عمر بن عبد العزيز

٨٦٥٢ – ثم ولى بعده أبو جعفر عمر بن عبدالعزيز بن [مروان ابن الحكم] •

استخلف في صفر سنة تسع وتسعين ، وتوفى لخمس بقين من رجب سنة احدى ومائة وبقي له الامر سنتان وخمسة أشهر وأربعة أيام •

وهو الخليفة العابد الزاهد العالم الكامل ، وله الفقه والاقوال المأثورة ، وقد مر في هذا الكتاب قوله في مسائل الاجتهاد •

---

(١) ايضا (ص٩٥) •

(٢) ايضا (ص٩٦) وفيه : ابو جعفر •

(٣) ايضا (ص٩٦) وفيه : كان اسمر نحيفا حسن الوجه ، يؤثر دينه على دنياه •• وكان عادلا يعود المرضى ، ويشيع الجنائز ويأخذ مال الله من وجهه ويصرفه في حقه •

وامه ليلى ام عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهم •
وهكذا يذكر الصالحون بعدهم •

(كان اميره على مصر أيوب بن شرحبيل ، وقاضيه عبدالله بن سعيد الايلي ، وأبو مسعود عبدالله بن يزيد وكاتبه رجاء بن حيوة الكندي وليث بن ابي رقيه) •

فصـــــل

يزيد بن عبد الملك

ثم ولى الامر بعده أبو خالد يزيد بن عبدالملك (بن مروان) استخلف لخمس بقين من رجب سنة احدى ومائة •

وتوفى لخمس بقين من شعبان سنة خمس ومائة ، وبقى له الامر أربع سنين وعشرة أيام وأمه عاتكه بنت يزيد بن معاوية •

وفي وقته خرج يزيد بن المهلب بن ابي صفرة ودعا الى نفسه وقال انه القحطاني فقتله مسلمة بن عبدالملك في سنة اثنتين ومائة •

(كان اميره على مصر بشر بن صفوان ، وقاضيه أبو مسعود الأيلي وعبدالرحمن بن الحسحاس وكاتبه عمر بن هبيرة وابراهيم بن جبلة واسامة بن يزيد) •

فصـــــل

هشام بن عبد الملك

ثم ولى ابو الوليد هشام بن عبدالملك بن مروان استخلف في شهر رمضان سنة خمس ومائة وتوفى لعشر خلون من ربيع الاول سنة خمس وعشرين ومائة •

وكان نظره تسعة عشرة سنة وسبعة أشهر وعشرون يوما •

وامه عائشة بنت هشام بن اسماعيل بن هشام بن الوليد بن المغيرة •

وفي وقته ظهر أبو الحسين زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضى الله عنهم (بالكوفة) ودعا الى نفسه فقتله يوسف بن عمر الثقفي وصلبه واحرقه وذراه في الفرات وهو امام الزيدية وفيه اخبار ترويها الشيعة ، وكان فقيها عالما له تبع وشيعة [وظهر دعاة بني العباس بخراسان وكثر اتباعهم] •

وهشام قتل غيلان الشامي وامر بقلع أسنانه وكحله ، وله معه أخبار وحكايات في القول بالعدل والقدر •

وكان غيلان هذا من رؤساء المتكلمين •

(وقاضيه محمد بن صفوان الجمحي ويحي بن ميمون الحضرمي وسعيد بن ربيعة) •

فصـــــل

الوليد بن يزيد

ثم ولى بعده أبو العباس الوليد بن يزيد بن عبدالملك بن مروان بويع له في شهر ربيع الاول سنة خمس وعشرين ومائة وقيل لليلتين بقيتا من جمادي الآخرة ست وعشرين ومائة ، وبقي في الامر سنة وشهرين وعشرين يوما •

وامه ام محمد بنت محمد بن يوسف اخى الحجاج ، وفي قتله وما جرى عليه حكايات واخبار [كان اميره حفص بن الوليد الحضرمي وكان قد أقر محمد بن صفوان الجمحى على القضاء وكان كاتبه العباس بن مسلمة] •

فصـــــل

يزيد بن الوليد

ثم ولى بعده أبو خالد يزيد بن الوليد بن عبدالملك [بن مروان]

بويع له في مستهل رجب سنة ست وعشرين ومائة ، وبقي في الامر الى ذي الحجة من السنة المذكورة وكانت مدته خمس أشهر وليلتين •

ولقب بالناقص لانه نقص الناس عطاياهم التي اسرف فيها من قبله •
[كان أميره على مصر حفص بن الوليد وقاضيه عثمان بن عمر بن موسى ابن معْمر] •

فصـــل

ابراهيم بن الوليد

ثم ولى ابراهيم بن الوليد بن عبدالملك وكان قوم يسلمون عليه بالخلافة وقوم يأبون ذلك حتى قدم مروان نخلع ابراهيم وقتل عبدالعزيز ابن الحجاج وبقى في الامر سبعين ليلة والامر مضطرب جدا [كان قاضيه عمر بن عثمان التميمي • وكاتبه دكين بن ابي السّراح اللخمي] •

فصـــل

مروان بن محمد بن الحكم

ثم ولى أبو عبدالملك مروان بن محمد بن [مروان بن] الحكم وكانت امه كردية يقال لها [لبابة] بويع له في شهر ربيع الاول سنة سبع وعشرين ومائة وقيل يوم الاحد لثلاث بقين من ذي الحجة سنة اثنين وثلاثين ومائة ، وبقى في الامر خمس سنين وعشرة أشهر وليلتين ، ومنه أخذت الدولة وظهر بنو العباس •

وكان عظيما في نفسه شديد البأس صاحب رأي وشجاعة ، وكاتبه عبدالحميد مثله وصاحب الجيش ابن ابي هبيرة [وقاضيه عثمان التميمي وأميره على مصر حفص بن الوليد ثم المغيرة بن عبيدالله] •

فهؤلاء خلفاء بني امية والحكام في الوقت وأئمة الصلاة •
وكان في عصرهم لاهل العلم تقدم وعطايا جسام •

وكان لهم قضاة كثيرون •

قضاة مكة وفقهاؤها

وفي وقتهم كل قاض يحتج بفعله ويرجع الى قوله مثل عطاء بن ابي رباح العظيم قدره توفى سنة خمسين ومائة ، وعمرو بن دينار ، توفى سنة خمسة وعشرين ومائة •

وفضيل بن عياض ، توفى سنة سبع وثلاثين ومائة •

ومجاهد ، مولى عبدالله بن السائب العظيم شأنه الجليل قدره في العلم ، توفى سنة أربع وقيل اثنتين ومائة •

فهؤلاء بمكة •

قضاة المدينة وفقهاؤها

وبالمدينة :

جعفر بن محمد بن علي بن الحسين الصادق رحمه الله توفى في امرة بني العباس سنة ثمان واربعين ومائة •

وربيعة الرأي استاذ مالك بن انس وفقيه المدينة •

وزيد بن اسلم ، العالم المبرز •

والقاضي سعيد بن المسيب الفقيه الراوية الحافظ العالم الكبير توفى سنة اثنتين وتسعين وله محنة وأخبار مع الحجاج •

وشعبة مولى ابن العباس •

وعلي بن الحسين زين‌العابدين الصالح الورع الفقيه المتجرد مات سنة أربع وتسعين وقيل [سنة] اثنين وتسعين •

وعروة بن الزبير ، وله ست وعشرون [كذا] وتوفى في امارة الوليد له رواية وفقه •

وقبيصة بن ذويب ، راوية زيد بن ثابت •

ومحمد بن مسلم الزهري استاذ مالك توفى سنة ثلاث أو أربع وعشرين ومائة •

ومالك بن انس الفقيه والنجم في الحديث ولد سنة اثنين وثمانين وتوفى سنة تسع وستين ومائة في الدولة العباسية •

فهؤلاء وجوه المدينة •

فصـــل

أهل الكوفة

ومن أهل الكوفة :

الاسود بن يزيد توفى سنة خمس وسبعين •

والاسود بن هلال النخعي ، صاحب ابي بكر وعمر ومعاذ وابن مسعود •

وابراهيم بن يزيد النخعي عالم الكوفة واستاذ حماد والمتقدم في الوقت توفى سنة خمس ومائة وقيل ست وتسعين •

وأحمد بن عبدالله بن يونس والحكم بن عقبة توفى سنة عشر ومائة •

والحسن بن صالح بن حي فقيه الزيدية العالم الصالح ، توفى سنة سبع وستين ومائة وكان عظيما •

وحماد ابي سليمان مولى الاشعريين استاذ ابي حنيفة توفى سنة عشرين ومائة واليه الرحلة في الفقه •

وسعيد بن جبير الفقيه العالم قتله الحجاج سنة خمس وتسعين •

وأبو عمرو سعيد بن اياس الشيباني ادرك النبي صلى الله عليه وسلم وكان له يوم القادسية أربعين سنة ، وعاش بعد ذلك ثمانين سنة •

وسليمان بن مهران الاعمش توفى سنة ثمان وأربعين ومائة أحد الحفاظ وسويد بن غفلة توفى سنة ثمانين •

وسفيان الثوري توفى سنة احدى وستين ومائة •

وشريح بن الحارث [بن قيس من كبار التابعين] القاضي العالم قاضي الائمة عمر وعثمان وعلي والحجاج بن يوسف وعاش مائة وعشرين وكان صبورا على الخصوم عفيفا عالما ورعا ، واكثر ادب القضاء عنه يؤخذ •

وشقيق ابو وائل بن سلمة ادرك النبي (ص) وهو يرعى بهما على اهله •

وشريك بن عبدالله الصدوق ولد سنة خمس وتسعين وولى من جهة المنصور القضاء وكان فقيها عالما •

وطلحة بن مُصرِّف اليماني توفى سنة ثمان عشرة ومائة ، وعبدالله ابن شبرمة الضبي توفى سنة أربع وأربعين ومائة وولى القضاء لابي جعفر المنصور وله أخبار وحكايات ، روى عنه انه قال مرفلم (؟) ولابى حنيفة فلفظناه (كذا) ورفع رأسه يعني انه لم يدخل في القضاء حين دعاه المنصور وعرض عليه القضاء •

وأبو حنيفة في رواية ابن كاس (ولد) سنة سبعين وفي رواية حماد سنة ثمانين وتوفى سنة خمسين ومائة وهو صاحب المذهب اسمه النعمان بن ثابت بن المرزبان والمرزبان صاحب راية علي بن أبي طالب يوم النهروان •

وعبدالرحمن ابن ابي ليلى الانصاري القاضي العالم المبرز ادرك مائة وعشرين من الصحابة ، توفى سنة ثلاث وثمانين •

وعامر [بن شراحيل] الشعبي قضى لعمر بن عبدالعزيز وادرك عشرة من الصحابة ، وكان العالم في الوقت المبرز فيه ، توفى سنة أربع ومائة •

وعلقمه بن قيس النخعي توفى سنة اثنين وستين •

وعلقمة بن [قيس بن] يزيد سراج الكوفة •

ومحمد بن عبدالرحمن بن ابي ليلى ولى القضاء وله عجائب من الغلط في الفقه توفى سنة ثمان وأربعين ومائة •

ومسروق بن الاجدع الهمداني ولى لمعاوية في امرة زياد القضاء وسمع من ابي بكر وعمر وعبدالله بن مسعود توفى سنة ثلاث وستين وفي رواية سنة ستين ، وكان من الفضلاء وهو ممن قضا وقسم المدعى بين الاثنين اذا ادعيا شيئا في يد ثالث واقام احدهما شهودا أكثر من الآخر على عدد الشهود •

ومنصور بن المعتمر بن عبدالله بن ربيعة قضى ليوسف بن عمر ، وتوفى سنة اثنتين وثلاثين ومائة •

وابن قرة القاضي الكندي صاحب سلمان الفارسي •

وابو زرعة يحيى بن [ابى عمرو] الشيباني توفى سنة ثمان واربعين ومائة وهو ابن خمس وثمانين سنة •

وأبو معاوية الضرير •

فهؤلاء من أهل الكوفة •

فصـــــل

قضاة البصرة

ومن أهل البصرة اياس بن معاوية القاضي الذي يضرب بذكائه المثل له علم وفهم وفضل وورع ، وكان عظيما في القضاة وله حكايات لطاف في استخراج الحق والقضاء به على الخصوم منها ان رجلين ترافعا اليه في وديعة في كيس ، وكان المودع قد اودعه دنانير فوجد في الكيس دراهم •

فقال له متى اودعته ذلك ؟

فذكر الوقت فقال يقرأ ما على السكة فقرأ فوجد بعد ذلك الوقت بزمان فالزمه رد الدنانير .

والاحنف أبو يحي المشهور بالحلم البارع .

وثمامة بن انس القاضي .

وأبو الشعثاء جابر بن زيد .

وأبو سعيد الحسن بن ابي الحسن الزاهد العابد العالم ولد لسنتين من خلافة عمر بن الخطاب ومات سنة عشرة ومائة ولى القضاء وعمى بآخر عمره وكل طائفة تدعيه .

وحماد بن سلمة أبو مسلم توفى في الدولة العباسية سنة سبع وستين ومائة وهو أبو ستة وتسعين سنة .

وحماد بن زيد توفى سنة اربع وسبعين في شهر رمضان .

وأبو العالية الرياحي .

وزرارة بن اوفى قضى لابن زياد له ملح وأخبار وكان فاضلا .

وسوار بن عبدالله [العنبري] القاضي لابي جعفر المنصور ، وتوفى سنة ست وخمسين ومائة .

والقاضي أبو عاصم النبيل له أخبار وحكايات وكان جليلا .

وأبو الاسود ظالم بن عمرو الدءلي صاحب النحو والعلم .

وأبو عثمان النهدي عبدالرحمن بن مل لقى عمر [بن الخطاب] وسلمان [الفارسي] وابن مسعود وابن عباس واسامة [بن زيد] وسعيد ابن زيد وسعد بن أبي وقاص وأبا بكرة وأبا هريرة ومجاشع بن مسعود وحنظلة وعميرة بن [يثربي] القاضي ولى القضاء بعد كعب بن سوار

الاسدي ، توفى سنة سبع عشرة ومائة وله مع أبي حنيفة حكايات في المناظرة يطول بها الكتاب •

ومحمد بن سيرين صاحب تعبير الرؤيا الفقيه العالم ولي القضاء ، وتوفى سنة عشر ومائة بعد الحسن بمائة يوم ، يقال انه ولد له ثلاثون ولدا من امرأة واحدة ،وكان صالحا ورعا ثقة •

والمعتمر بن سليمان توفى سنة سبع وثمانين ومائة •

فصـــــل

قضاة الشام

ومن أهل الشام الاوزاعي العالم الفقيه المعدود خلافه ، فقيه الشام ، توفى سنة خمس وخمسين ومائة ، ولد سنة ثمان وخمسين (وثمانين) •

واسماعيل بن عبيدالله مولى بن مخزوم الثقة العالم ادرك معاوية ، وتوفى في امارة مروان •

واسماعيل بن عياش توفى يوم الثلاثاء لثمان خلت من شهر ربيع الاول سنة احدى وثمانين ومائة •

وبقية بن الوليد توفى سنة ثمان أو تسع وتسعين ومائة وله مائـة وثلاث سنين من عمره •

وسليمان بن حبيب المحاربي قاضي عمر، والخلفاء ثلاثين سنة •

وأبو ادريس عائذ الله بن عبدالله الخولاني ، مات في امرة عبدالملك ابن مروان ، وكان يقضي له •

وحف [كذا] بن الحارث اليماني طلب منه عبدالملك بن مروان ان يوليه القضاء فابى عليه وامتنع فاعفاه ، ومكحول [الشامي] مولى هذيل له العلم والحديث والفضل توفى سنة اثنتي عشرة ومائة •

ويزيد بن ابي مالك قضى لهشام بن عبدالملك ويحي بن يحي الغساني ولى لعمر بن عبدالعزيز القضاء •

وعبدالرحمن بن زياد بن أنعم أول مولود ولد في الاسلام بعد فتح افريقية واي القضاء لمروان بن محمد على افريقية وقدم به على ابي جعفر الكوفة •

فصل

اليمن

ومن اليمن طاووس [بن كيسان] اليماني فقيه الحجاز ومكة ومات بمكة سنة ست ومائة وحج أربعين حجة •

وحنش بن عبدالله الصنعاني قضى فهؤلاء من جملة العلماء والقضاء الذين كانوا في أيام بني امية •

فصل

الدولة العباسية

واما الدولة العباسية ، قدس الله ارواحهم فنحن نذكر الخلفاء منها على الولا (كذا) ومن قضى لكل واحد بالحضرة دون من بعد •

فصل

السفاح

فأولهم أبو العباس عبدالله بن محمد بن علي بن عبدالله بن العباس السفاح بويع له في شهر ربيع الاول وقيل لآخر سنة اثنين وثلاثين ومائة ، وتوفى بالانبار سنة ست وثلاثين ومائة في ذي الحجة ، بقى في الامر أربع سنين وعشرة أشهر وقيل ثمانية ويومين •

قام بالامر أحسن قيام ، ومهد الدولة واستولى على من بقى من بني امية •

وفي وقته خرج عبدالله بن معاوية [بن عبدالله] بن جعفر بن ابي طالب باصفهان من نواحي كرمان وفارس واخذه ابو مسلم وقتله •

وقتل وزيره أبا سلمة [حفص بن سليمان] الخلال وهو أول وزير قتل في الدولتين ، ووز له خالد بن برمك بعده وكان القاضي له يحي بن سعيد الانصاري وبنى حديثة الانبار •

وامه ريطة بنت عبيدالله بن عبدالمدان الحارثية •

فصـــــل

المنصور

ثم ولى بعده أخوه أبو جعفر عبدالله بن محمد بن علي المنصور ، بويع له سنة ست وثلاثين ومائة ، وبقى له الأمر الى سنة ثمان وخمسين ومائة وكان له الامر اثنين وعشرين سنة الا ثلاثة أيام •

وفعل الافعال العجيبة •

وهو الذي بنى بغداد ونزلها وأول من دون الديوان للعرب •

وله أخبار ملاح وعجائب جمة ورسائل فصيحة الى ابي عبدالله بن محمد بن حسن بن حسين •

وامة سلامة البربريه •

وقتل أبا مسلم صاحب الدولة في شعبان سنة سبع وثلاثين ومائة بعد ولايته بسنة ووز له خالد بن برمك [وزير اخيه السفاح] وأبو أيوب سليمان بن خالد الموریاني ثم الفضل بن الربيع بن يونس بن ابي فروة •

فصـــــل

قضاة المنصور

قضاته عبيدالله بن محمد بن صفوان [الجُمحَي] •

وشريك بن عبدالله •

والحسن بن عمارة •

والحجاج بن ارطاة ، أربعة ولهم أخبار وحكايات •

فصـــــل

المهدي

ثم ولى بعده أبو عبدالله محمد المهدي بن [عبدالله] المنصور ، واستخلف يوم التروية سنة ثمان وخمسين ومائة ، وبقى في الامر عشر سنين وخمسة وأربعين ليلة •

وبنى جامع الرصافة ببغداد •

وبه استقرت الدولة وظهر النعم [ولما ولى اطلق من كان في سجن ابيه الا من كان قبله دم أو عُرف بالفساد في الارض] •

وامه ام موسى بنت [عبدالله بن] منصور بن عبدالله الحميري •

وكتب له [أبو] عبدالله بن معاوية بن عبيدالله بن يسار [الاشعري] ويعقوب بن داود [بن طهمان] •

ثم أبو جعفر الفيض بن ابي صالح [بن شيرويه] ثلاثة •

وحاجبه الربيع ثم الحسن بن عثمان بن الفضل ثم الربيع وكان بعينه اليمنى نكتة بياض •

فصـــــل

قضاته

[محمد بن] عبدالله بن علاثة وعافية بن يزيد (الازدي) صاحب ابي حنيفة اثنان • وله مع بشار الشاعر أخبار كثيرة •

فصـــــل

الهادي

ثم ولى بعده موسى الهادي أبو محمد موسى بن [محمد] المهدي

[بن عبدالله المنصور] استخلف سنة تسع وتسعين ومائة ، وتوفى سنة سبعين ومائة وبقى في الامر سنة وأربعة أشهر وامه الخيزران من مولدات المدينة [روى انه جلس للمظالم] وأمر ان يؤذن للناس بالجفلى لا بالنقرى أي بالعموم لا بالخصوص] •

ووزيره [أبو الفضل] الربيع بن يونس [وزير جده المنصور] •
وحاجبه الفضل بن الربيع [بن يونس] •

قضاته

وقضاته أبو يوسف وسعيد بن عبدالرحمن الجمحي اثنان •
وكان قصير المدة ، لم يظهر عنه ما ظهر عن غيره •

فصـــــل

الرشيد

ثم ولى بعده أخوه الرشيد أبو جعفر هرون بن [ابي عبدالله محمد] المهدي •

استخلف في شهر ربيع الآخر سنة سبعين ومائة ، وبقى في الامر ثلاثة وعشرين سنة ومات بطوس في شهر ربيع الآخر سنة ثلاث وتسعين ومائة •

وعلى يده هلكت البرامكة وانتهت عمارة بغداد •

ووزيره الفضل بن الربيع وعزله وحج وعادله أبو يوسف في المحمل الى مكة وولاه القضاء وخاطبه بقاضي القضاة وهو أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الانصاري [صاحب ابي حنيفة والواقدي] •

توفى سنة احدى أو واثنتين وثمانين ومائة وله تسع وثمانون سنة على خلاف في ذلك ثم ولى القضاء الحسن بن الحسن العوفي •

ثم عوف بن عبدالله المسعودي •

ثم حفص بن غياث ، وتقدم الرشيد مع الخصم الى ابي يوسف ، وامه الخيزران •

فصـــــل

الأمين

ثم ولي بعد الرشيد ولده أبو عبدالله محمد بن [هرون] الرشيد ، بويع له ليلة الخميس النصف من جمادي الآخرة سنة ثلاث وتسعين ومائة وقيل ليلة الاحد لخمس بقين من المحرم سنة ثمان وتسعين ومائة •

وبقى له الامر أربع سنين وتسعة أشهر •

ووزيره [أبو العباس] الفضل بن الربيع •

كاتبه اسماعيل بن صبيح •

قضاته

اسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة ثم عزله وولى ابا البختري (وهب ابن وهب القرشي) •

امه زبيدة بنت جعفر الاكبر ابى جعفر المنصور أول أم ولدت من بنات الخلفاء وكان لها صلات ومفاخر وصدقات •

وعمرت المصانع في طريق الحج والسقايات وكانت عظيمة في الناس •

فصـــــل

المأمون

ثم ولى أخوه المأمون أبو العباس عبدالله بن هرون الرشيد •

امه مراجل (ام ولد باذغيسية) •

استخلف يوم الاثنين لاربع بقين من المحرم سنة ثمان وتسعين ومائة وتوفى يوم الخميس لاحدى عشر ليلة خلت من رجب سنة ثمان عشرة ومائتين ببلاد الروم بطرسوس • وبقى له الامر عشرون سنة وخمسة

أشهر وخمسة وعشرون يوما •
وله فضائل في كل علم وفن ونجوم وطب ونحو وفقه •
واستخرج جميع العلوم وسائر الانواع وكان عظيما •

ووزيره [أبو العباس] الفضل بن سهل ذو الرياستين [وزر له بخراسان قبل قدومه الى العراق] ثم أخوه الحسن بن سهل [وعظم عنده وتزوج ابنته بوران] •
ثم أحمد بن أبي خالد الاحول •

ثم أبو جعفر أحمد بن يوسف بن القاسم مولى بني عجل ثم أبو عبّاد ثابت بن محمد •

ثم [أبو عبدالله] محمد بن يزداد [المروزي] ستة انفس في هذه المدة •

قضاة المأمون

قضاته الواقدي ومحمد بن عبدالرحمن المخزومي •
وبشير بن الوليد ويحي بن اكثم اربعة •
ومحمد بن الحسن الشيباني كان قاضي الرشيد ومات بالري مع الرشيد •

فصل

المعتصم

ثم ولى المعتصم أخوه أبو اسحق محمد بن هرون الرشيد (وامه أم ولد تسمى ماردة) •

ولى في رجب لاثنى عشرة ليلة خلت من سنة ثماني عشرة ومائتين •
ومات سنة سبع وعشرين ومائتين وبقى ثمانسنين وثمانية أشهر (ويومين) •

وكان نجيبا شجاعا فتح عمورية ونقل بابها الى بغداد ، وبنى سر من رأى والمعشوق والجامع والاصطبلات التي بها ؟

ووزيره [أبو العباس] الفضل بن مروان ثم [أبو العباس] أحمد ابن عمار •

ثم [أبو جعفر] محمد بن عبدالملك الزيات ثلاثة •

قضاة المعتصم

قاضي قضاته أبو عبدالله أحمد بن أبي دؤاد (الايادي) وقضاته جعفر بن عيسى الحسني من ولد الحسن بن ابي الحسن البصري وشعيب ابن سهل ومحمد بن سماعة •

فصل

خلافة الواثق

ثم ولى الواثق [بالله] أبو جعفر هارون بن المعتصم •

بويع له في النصف من شهر ربيع الاول سنة سبع وعشرين ومائتين ، وبقى له الامر خمس سنين وتسعة أشهر (وستة أيام) وتوفى في ذي الحجة سنة اثنتين وثلاثين ومائتين •

وله مع أحمد بن حنبل محنة جرت •

قاضيه

قاضية أبو عبدالله أحمد بن ابي دؤاد •

وامه قراطيس (ام ولد) رومية وقد كان فيه نجابة ورياسة •

وله أخبار كثيرة في زمنه تجددت •

فصل

المتوكل بالله

ثم ولى المتوكل بالله أبو الفضل جعفر بن محمد المعتصم رحمه الله •

بويع له يوم الاربعاء لخميس بقين من ذي الحجة سنة اثنتين وثلاثين ومائتين وقيل ليلة الاربعاء لاربع ليال خلت من شوال سنة سبع وأربعين ومائتين •

وكانت خلافته أربعة عشر سنة وتسعة أشهر وثمانية أيام ، قتل بسر من رأى •

وزراؤه

وزراؤه محمد بن عبدالملك الزيات ومحمد بن الفضل الجرجرائي ثم عبيدالله بن يحي بن خاقان (المروزي) •

قاضيه

قاضية جعفر بن سليمان بن عبدالواحد الهاشمي •

وامه شجاع أم ولد (طخارستانية) •

فصـــــل

المنتصر بالله

ثم ولى بعده المنتصر بالله أبو جعفر محمد بن المتوكل [بن محمد المعتصم بن هرون الرشيد] بويع في الليلة التي قتل فيها المتوكل وبقى في الخلافة خمسة أشهر وأياما ثم قتل •

وزيره أحمد بن الخصيب •

قاضيه

قاضيه جعفر بن عبدالواحد •

امه (ام ولد) رومية اسمها حبشية •

فصـــــل

المستعين بالله

ثم ولى المستعين بالله أبو العباس أحمد بن [الامير محمد بن محمد] المعتصم ، بويع له في شهر ربيع الآخر لست خلت من سنة ثمان واربعين ومائتين •

ثم خلع نفسه بعد ثلاث سنين وثمانية أشهر وثمانية عشر يوما •

قاضيه

قاضيه جعفر بن محمد بن عمارة •

وزراؤه محمد بن الفضل الجرجرائي وأحمد بن الخصيب وأحمد ابن صالح بن شيرزاد وأبو الحسن شجاع بن القاسم •

فصــــل

المعتز بالله

ثم ولى المعتز بالله أبو عبدالله بن جعفر المتوكل [بن محمد المعتصم] •

بويع له يوم السبت لست خلون من المحرم سنة اثنتين وخمسين ومائتين وخلع نفسه بعد ثلاث سنين وستة أشهر واثنين وعشرين يوما •

وما زال يعذب بعد الخلع حتى مات •

وزراؤه

وزراؤه [أبو الفضل] جعفر بن محمد الاسكافي وعيسى بن فرخشاه وأحمد بن اسرائيل [الانباري] •

قاضيه

قاضيه الحسن بن محمد بن أبي الشوارب (الاموي) وله اخبار •

المهتدي بالله

ثم ولى المهتدى بالله أبو عبدالله محمد بن (هرون) الواثق [بالله بن محمد المعتصم بالله] •

بويع له لثلاث بقين من رجب سنة خمس وخمسين ومائتين [بسر

من رأى] وقتل بعد احد عشر شهرا وتسعة عشر يوما [كان أحسن الخلفاء قبله مذهبا واجلهم طريقة واظهرهم ورعا واكثرهم عبادة ... حرم الغناء والملاهي وحسم اطماع أصحاب السلطان عن الظلم وامر ان يحد شارب الخمر كائنا من كان] .

وزراؤه

وزراؤه [أبو الفضل] جعفر بن محمود (الاسكافي) وأبو صالح [محمد بن أحمد] بن عمار وسليمان بن وهب .

قاضيه (الحسن بن محمد) بن ابي الشوارب .

المعتمد بالله

ثم ولى المعتمد بالله أبو العباس أحمد بن (جعفر) المتوكل امه [ام ولد تسمى] فتيان [رومية] .

بويع له في رجب سنة ست وخمسين ومائتين [بسر من رأى] .

وتوفى في رجب سنة تسع وسبعين ومائتين .

بقي له الامر مدة اثنتي وعشرين سنة واحد عشر شهرا وخمسة عشر يوما .

وزراؤه

وزراؤه أبو الحسن عبيدالله بن يحي بن خاقان وأبو محمد الحسن ابن مخلد [بن الجراح] وسليمان بن وهب [وأبو الصقر] اسماعيل بن بلبل (مرتين) و [أبو بكر] أحمد بن صالح بن شيرزاد [القطربلي] وصاعد بن مخلد [وكان نصرانيا فاسلم] وابراهيم بن محمد وفيهم من عزل ثم عاد الى النظر .

قاضيه

قاضيه قاضي من قبله .

المعتضد بالله

ثم ولى المعتضد بالله أبو العباس أحمد بن [الأمير ابي] أحمد [طلحة الموفق بن جعفر] بن المتوكل •

بويع له يوم الاثنين لاحدى عشر ليلة بقيت من رجب سنة تسع وسبعين ومائتين ، وتوفي ليلة الاثنين لثمان بقين من شهر ربيع الآخر سنة تسع وثمانين ومائتين ، وبقى في الامر عشر سنين وتسعة أشهر وثلاثة أيام •

وكانت أيامه صالحة وهو من رجال الدولة •

وزراؤه

وزراؤه [أبو القاسم] عبيدالله بن سليمان [بن وهب] وأبو الحسين القاسم بن عبيدالله [الى آخر أيامه] •

قاضيه

قاضيه اسماعيل بن اسحق المالكي ، وكان عظيما في القضاة ، ثم يوسف بن يعقوب وابن ابي الشوارب •

المكتفي بالله

ثم ولى المكتفي بالله أبو محمد علي بن [أحمد] المعتضد [بن طلحة الموفق بن جعفر المتوكل] ، امه تركية اسمها جحك لثمان بقين من شهر ربيع الآخر سنة تسع وثمانين وبقى في الأمر ست سنين وستة أشهر واحد عشر يوما •

وزراؤه

وزراؤه [أبو الحسين] القاسم بن عبيدالله [وزير أبيه] والعباس

ابن الحسن •

قاضيه

قاضيه يوسف بن يعقوب وابنه محمد بن يوسف بن يعقوب •

المقتدر بالله

ثم ولى المقتدر بالله أبو الفضل جعفر بن [أحمد] المعتضد (وقيل ان اسمه اسحق ، وانه انما اشتهر بجعفر لشبهه بالمتوكل وامه ام ولد رومية تسمى شغب) •

بويع لـه يوم الاثنين لثلاث عشرة ليلة خلت من ذي القعدة سنة خمس وتسعين ومائتين ، مولده في شهر رمضان سنة اثنتين وثمانين ومائتين ولى وله ثلاثة عشر سنة •

وزراؤه

وزراؤه أبو علي الخاقاني وعلي بن عيسى وابن ابي الفرات ومخلد بن العباس وأبو القاسم الخاقاني وأبو العباس الخصيب وأبو علي ابن مقلة وسليمان بن الحسن وأبو القاسم الكلواذاني والحسن بن القاسم ابن عبدالله وأبو الفتح بن حزام خمسة عشر وزيرا •

وفيهم من عزل ورد ، وقتل يوم الاربعاء لثلاث بقين من شوال سنة عشرين وثلثمائة ، وبقى في الامر أربعة وعشرين سنة وشهرين وعشرة أيام •

وفي وقته فتنة ابن المعتز •

واختلف [في] حكم قضاته النظار [كذا] والامر يستقيم تارة ويتضلع **(كذا)** أخرى •

قاضيه

من قضاته ، أبو حاتم الكبير وأبو عمر القاضي •

خلافة القاهر بالله

ثم ولي القاهر بالله أبو منصور محمد بن أحمد المعتضد [بن الامير طلحة بن جعفر المتوكل] •

بويع له في شوال سنة عشرين وثلثمائة •

وزراؤه

وزراؤه [أبو علي] محمد بن علي بن [بن الحسن] بن مقلة وأبو جعفر محمد بن القاسم [بن عبدالله] وأبو العباس [أحمد بن عبيدالله بن] الخصيب [الى ان خلع القاهر] •

وقضاته قضاة من قبله وهم جماعة •

الراضي بالله

ثم ولي الراضي بالله أمير المؤمنين أبو العباس محمد بن [جعفر] المقتدر [بن أحمد المعتضد] خلع القاهر واستقر الامر له واستولى على القاهر •

وزراؤه

عبدالرحمن بن عيسى (بن داود بن الجراح) وأبو جعفر (محمد ابن القاسم الكرخي) وسليمان بن الحسن (بن مخلد بن الجراح) ومحمد بن علي بن مقلة وابن حرابة البريدي وسليمان بن الحسن (بن مخلد) •

وتكرر نظر البعض بعد البعض وتقسمت البلاد ، واسترجع الروم الثغور وعامة البلاد ، وظهرت السامانية •

وتوفى ليلة السبع لاربع عشر ليلة بقيت من ربيع الاول سنة تسع

وعشرين وثلثمائة وبقى في الامر ست سنين وعشرة أشهر وعشرة أيام ، وله أخبار كثيرة .

المتقي بالله

ثم ولى المتقي بالله أبو اسحق ابراهيم بن [جعفر] المقتدر . امه (ام ولد تسمى) خلوب .

بويع له يوم الاربعاء لعشر بقين من شهر ربيع الاول سنة تسع وعشرين وثلثمائة .

نظر لـه عشرة وزراء فكل من ذكرناه والقراريطي وأبو العباس الاصفهاني .

وخلع يوم السبت لاحدى عشر ليلة بقيت من صفر سنة ثلاث وثلاثين وثلثمائة ، مدته ثلاث سنين واحد عشر شهرا وفي وقته ملكت بنو حمدان وظهرت الروم .

المستكفي بالله بن المعتضد

ثم ولى [أبو القاسم عبدالله] المستكفي بن المعتضد بالله ، امه [أم ولد رومية تسمى) غصن ، بويع له يوم السبت لتسع بقين من صفر سنة ثلاث وثلاثين وثلثمائة (وفي أيامه استولى البويهيون على بغداد) .

وزيره أبو الفرج (أحمد بن محمد) السامري .

قاضيه

وقاضيه أبو عبدالله بن ابي موسى .

وخلع وكحل يوم الخميس لثمان بقين من جمادى الآخرة سنة أربع وثلاثين وثلثمائة مدة نظره ستة عشر شهرا ويوما واحدا .

المطيع لله

ثم ولى المطيع أبو القاسم الفضل بن [جعفر] المقتدر [بن أحمد المعتضد] بويع بالخلافة يوم الخميس لثمان بقين من جمادى الآخرة سنة أربع وثلاثين وثلثمائة •

امه مشغلة (ام ولد صقلية) •

وخلع نفسه [غير مكره] يوم الاربعاء الثالث عشر من ذي القعدة سنة ثلاث وستين وثلثمائة •

مدة نظره تسع وعشرون سنة وأربعة أشهر [واياما] •

وتولى خلعه الملقب بمعز الدولة الديلمي ورد الامر ، وهو أيضا خلع المستكفي واستولت الديلم على البلاد ، وفسدت الامور كلها •

وضمن القضاء ابن ابي الشوارب بمائة وعشرين الف درهم في السنة وبطلت الشريعة وتغير الامر •

الطائع لله

ثم ولى الطائع بالله أبو بكر عبدالكريم بن [الفضل] المطيع [لله بن جعفر المقتدر] •

بويع له يوم الاربعاء ثالث وعشرين ذي القعدة سنة ثلاث وستين وثلثمائة •

وقبض عليه يوم السبت السابع عشر من شعبان سنة احدى وستين وثلثمائة •

وخلع يوم الاحد واشهد على نفسه واستدعا بهاءالدونة القادر [بالله] من البطائح وسلمه اليه فبقى عنده عشر سنين وتوفى يوم الثلاثاء مستهل شوال سنة ثلاث وتسعين وثلثمائة وصلى عليه القادر بأمر الله وبقى في

الامر سبع عشر سنة وتسعة عشر يوما •

قاضيه

قاضيه أبو محمد بن معروف قاضي قضاته وله أخبار ، وهو آخر خليفة حكم بنفسه واسجل بما حكم به لابن معروف قاضي قضاته بعدة ضياع وهي الى اليوم بيد ورثته ، اعني السجل والضياع مع القرر [كذا] •

القادر بالله

ثم ولى أبو العباس أحمد بن [الامير ابي بكر] اسحق بن [جعفر] المقتدر بالله •

بويع لـه يوم الاحـد لعشر بقين من رمضان سنة احدى وثمانين وثلثمائة •

وتوفي ليلة الاثنين الحادي عشر من ذي الحجة سنة اثنين وعشرين واربعمائة وكان عمره ستة وثمانين سنة وتسعة أشهر ويوما وبقي له الامر احد واربعون سنة وثلاثة أشهر واحد عشر يوما •

وكان ورعا زاهدا صالحا متواضعا محبوبا الى كل احد طال عمره في النظر وزاد عمر كل خليفة تقدم قبله ونضرت الدولة بدينه وشهامته وعفته وكرمه وما تجدد في أيامه يحتاج الى كتاب مفرد ربما كان أكبر من هذا الكتاب •

قضاته

قاضي قضاته أبو الحسن بن أبي الشوارب وأبو عبيد بن ماكولا •

كاتبه أبو الحسن [علي بن عبدالعزيز بن ابراهيم] بن حاجب النعمان وهو كاتب الطائع قبله ثم عزله في آخر شهر رمضان من سنة ثمانين وثلثمائة واستوزر أبا العلاء سعيد بن الحسن بن بريك نيابة فبقى نيفا وسبعين يوما ثم عزله واعاد أبا الحسن ابن حاجب النعمان فلم يزل الى ان توفي في رجب سنة احدى وعشرين واربعمائة] •

وكان لارباع بغداد عدة قضاة •

القائم بأمر الله

ثم ولى الامر ابنه القائم بامر الله أبو جعفر عبدالله [بن أحمد القادر بالله] •

امه بدر الدجى ارمنية •

بويع له يوم الاثنين الحادي عشر من ذي الحجة سنة اثنتين وعشرين واربعمائة وولد يوم الخميس الثاني عشر من ذي القعدة سنة احدى وتسعين وثلثمائة •

وتوفى يوم الخميس الثالث عشر من شعبان سنة سبع وستين واربعمائة ، وعمره خمسة وسبعون سنة وسبعة أشهر وخمسة عشر يوما •

وبقي الامر له أربعة وأربعون سنة وثمانية أشهر ويومان ، زاد على عمر والده في الخلافة ونظره بحسن سيرته وكان رحيما عفيفا ورعا ذا رفق بالناس لين الكلام يباشر الامور بنفسه ويعمل مسودات الكتب التي تكتب عنه الى الملوك والاطراف •

وقد ذكرت في كتابي المرشد الى معرفة أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم والتابعين بعدهم والخلفاء والخوارج مما جرى في وقته وما فتح على يديه وما تجدد له ، وكيف كان ظفره بأعدائه فيطلب هناك ليوجد مستوفا ان شاء الله تعالى •

وزراؤه

أبو الحسن بن صاحب النعمان ، ونظر ولده بعده مدة ثم أبو [طالب محمد بن] أيوب عميد الرؤساء ، ثم أبو القاسم علي بن [الحسين

بن] المسلمة رئيس الرؤساء ، ثم خلف في النظر نيابة في أيام رجوعه الى داره أبو تواب الحاجب ، وكان حاجب الحجاب يعرف بابن الاثيري •

ثم أبو الفتح [منصور بن] محمد بن دارست الفارسي مجد الوزراء •

ثم فخرالدولة أبو نصر محمد بن محمد بن خير الموصلي •

ثم عزله وخلف موضعة قاضي القضاة أبو عبدالله بن علي الدامغاني شيخنا رحمه الله تعالى •

ثم أعاد النظر اليه وبقي في الامر الى ان توفي القائم بأمر الله •

قضاته

قضاته ابن ماكولا ، وأبو عبدالله شيخنا رحمه الله •

وقد ذكرت ذلك في كتابي المرشد النظامي بأوفى من هذا •

المقتدي بأمر الله

ثم ولي الامر بعده المقتدي بأمر الله أبو القاسم عبدالله بن محمد بن القائم بأمر الله امام الوقت عند تأليف هذا الكتاب اعز الله انصاره •

بويع له يوم الخميس بعدصلاة الظهر الثالث عشر من شعبان سنة سبع وستين واربعمائة ، وعمره ثمانية عشرة سنة وثلاثة أشهر وخمسة أيام ، لانه ولد ليلة الاربعاء الثامن من جمادى الاول سنة ثمان واربعين واربعمائة ، بعد دخول الدولة التركية العراق بسبعة أشهر واحد عشر يوما ، لان ركن الدولة أبا طالب طغرل بك محمد بن ميكائيل دخل بغداد يوم الاحد السابع والعشرين من شهر رمضان سنة سبع وأربعين واربعمائة ، وملك العراق ، ونهب الجانب الشرقي وقبض على الملك الرحيم واتراك بغداد •

وقد ذكرت ذلك فيما ذكرت من كتاب المرشد فيطلب هناك ، وشرحت الحال وما جرى مع العرب ، ومدة الفترة ، وكيف قتل البساسيري وما تجدد حالا بحال باوجز لفظ ، فامر له بالبيعة الوزير مجد الدولة محمد بن جهير صفي أمير المؤمنين •

ثم عزله ونظر في الامر على سبيل النيابة الوزير أبو شجاع محمد ابن الحسين أبو يعلى الهمداني •

ثم وزر له عميدالدولة أبو منصور محمد بن محمد بن محمد بن جهير خالصة أمير المؤمنين • ثم عزله ونظر في الامر على سبيل النيابة أبو الفتح المظفر رئيس الرؤساء أبو القاسم بن المسلمة •

ثم وزر له أبو شجاع محمد بن الحسين أبو يعلي ، ولقبه بسيد الوزراء ظهيرالدين مؤيد الدولة صفي أمين المؤمنين في يوم السادس عشر من شعبان سنة سبع وسبعين واربعمائة •

وقد شرحت الحال في ذلك بكتاب المرشد وما تجدد الى شهر ربيع الآخر سنة سبع وسبعين واربعمائة ، والذي تجدد في وقته ونظره الامر الذي لم ير احد مثله ولا شاهده وهو من صلة الامام المقتدي بأمر الله أمير المؤمنين اعز الله أنصاره الى ابنه السلطان المعظم جلالالدولة وجمال الملة ابي الفتح ملك شاه بن عضدالدولة ألب ارسلان محمد بن داود يمين أمير المؤمنين أعلى الله كلمته وما انفتح على يديه من الجزيرة والشام وانطاكية والرها وسائر أعمال الشام وطرابلس وقصده السلطان المعظم جلالالدولة اعز الله نصره هذه المواضع ، وقرر امر العرب ، وشاهدته في معسكره في سنة سبع وسبعين (وأربعمائة) والعجم والاتراك والاكراد والروم وكل نوع من الناس يخالف الآخر والشمل مجتمع والكلمة متفقة والامن حاصل •

فلما رتب البلاد الشامية في هـذه السنة وحفظ الثغور واستنزل جعفر بن البسطي العمري من قلعته التي كانت لا سبيل عليها ولا مطمع في بعض يوم حتى كأن الملائكة فعلت ذلك •

ثم قدم العراق في يوم الخميس من ذي الحجة سنة تسع وسبعين واربعمائة ، وعقد الجسر بباب الطاق وعبرت العساكر كلها الى الجانب الشرقي ، فنزل في دار الخلافة بها ، ونزل الصاحب الاجل صدر الاسلام والمسلمين نظام الملك قوام الدين العالم أبو الحسن بن علي بن اسحق رضي أمير المؤمنين احسن الله لـه الجـزاء في الآخرة والدنيا عن كافـة المسلمين وأهل الدين في الداهر (كـذا) في الخيام ، وامر العساكر بالنزول في الصحراء تبعا لما فعله ورفقا بالمسلمين ، ولولا ان الله تعالى امر بشكر المنعمين واخبرنا في كتابه عن الامم الماضين وعرفنا على لسان رسوله عليه السلام سير المتقدمين وذكر الانبياء الصالحين والجبابرة المتكبرين واثنى على الصالحين فحملني على ذكر ، وكان أول ما ذكره الذاكرون وسطره الكاتبون وخلد ذكره العاملون وحث عليه الواعظون ذكر السير الجميلة والايام الصالحة والاوقات الآمنة ، ليقتدى بذلك من يريد الآخرة ويعلم من لا علم له بالامور حال هذا السلطان لهذا العصر والمدبر لهذا الملك انه اسقط [الجبـاية عـن ؟] كـل المؤمنين [من] العـراق الى جيحـون مـن جميـع الاعمـال وعفـى سـبلها ونادى باسـقاطها واشـترك العـام والخـاص في النفـع بهـا ، وامنـت السـبل والطرقات حتى لم ير في طريق من يتعرض لامرأة أو اخذ مال أو عربدة في المعسكر ، ثم علق الجانبين بالتعاليق عند حمل ما حمله من الجهاز الذي يبهر العقول الى دار الخلافة ، فلم يفقد احد من الناس في الليل والنهار من ذلك شيئا ، ثم بنى هذا الصاحب النظام صدر الاسلام اطال الله له العمر واحسن له الذخرة الناجح لسلطانه المشفق على اهل زمانه في كل

بلدة له مدرسة للعلماء على كل طائفة حتى كانه مع كل طائفة من اهلها ومع كل نحله في الاصول ممن يعتقدها ، واجرى على العلماء صنوف الارزاق وعلى الاشراف والمتفقهة والشعراء واهل الادب وكثير من القوام ، ثم جميع الشيوخ من الطوائف اذا دخل عليه منهم داخل عظمه واكرامه ونهض لمن يعلم انه في علمه جليل أو في بيته قديم أو في سنه كبير ، تواضعا لله ، ورجاء منه جميل الثواب على هذا الفعل ، فوالله انه يستحق الدعاء الدائم من جميع أهل الزمان وجميع أهل الاديان والشكر المخلد ، ولهذا الذي قلت وجب على ان اودع ذكره كتابا ، ثم تفكرت فلم أجد كتابا يحتاج اليه القاضي والفقيه العالم والجاهل والصغير والكبير ، فالفت هذا الكتاب بعد نظري في كتب الفقهاء ومن الف في مثله كتابا ، وجمعت ما يحتاج اليه وهو بجمع المفترق من الكتب بعبارة سهلة ومعان بينة تصلح للحفظ والتدريس والمذاكرة واقسمت بالله العظيم ، واخذت عهد الله الكريم على كل من قرأ هذا الكتاب ونسخة ان لا يسقط منه بابا ولا يغير منه نظما ولا يكتب اوله الا واخره معه ، ولا يكتب من آخره شيئا الا وأوله معه ، وان يذكرني ويترحم علي ، وان يسأل الله تعالى ان ينفعني به في الدنيا والآخرة ، وان يدعو لمن صنفته لاجله ، وثبته لجزيل نعمه عندي وكثرة اياديه على ، وصون وجهي عن البذل لما اجزله على من انعم الدولة المباركة القاهرة والايام الزاهرة السامية مضافا الى ما ولاني من البلاد ورسم اسمي به في العباد من الالقاب وصنوف الافعال ، ويجمع شمل المسلمين به وعلى يديه ، ويحفظ امام العصر (و) السلطان ويؤلف بينهما ، ويصلح امر الرعية بحسن نظرهما ، ولولا ان صدر الاسلام نظام الملك قوام الدين امتع الله الخلق ببقائه عاجله الخروج والمسير الى الجبل فخشيت ان يفوتني ايصال هذا الكتاب اليه فحذفت لذلك ذكر القضاة في كل عصر وما يحكن عن كل واحد من طريف الاحكام والحكايات ، وذكرت البعض واسقطت البعض ، وما اقتصرت على ذكر

الخلفاء ومن ولاهم رسم القضاء وذكرت بعض القضاة حتى اكون قد اخلفت ما وعدت به في أول الكتاب •

وآخر من ولاه الامام المقتدى بالله شيخنا ابا عبدالله محمد بن علي الدامغاني وأبا بكر [محمد بن المظفر] الشامي قاضي قضاة هذا الوقت الذي وقع فيه فراغ هذا الكتاب •

والله تعالى ولي التوفيق في جميع الاموال وهو حسبي ونعم الوكيل ، وصلى الله على محمد النبي وآله وسلم تسليما كثيرا •

* * *

وافق الفراغ من كتابته يوم الاثنين المبارك آخر شهر شعبان سنة احد وعشرين وتسعمائة احسن الله عاقبتي وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم ، وحسبنا الله ونعم الوكيل ، نعم المولى ونعم النصير •

* * *

تم طبع كتاب روضة القضاة

على مصنفه ومن صنف له الرحمة

انه سميع الدعاء

فهرست

الصحيفة

الصحيفة

الكتاب الاول

التنظيم القضائي

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

الصحيفة

فهرس الموضوعات

(أ)

(ب)

(ت)

(ث)

(ج)

(ح)

(غ)

(ف)

(ق)

(ق)

(ك)

(ل)

(م)

(ي)